
VE
RI
TAS

ВОПРОСЫ РУССКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА И ПРОЦЕССА.

ВОПРОСЫ
РУССКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА
И
ПРОЦЕССА

Г. Вербловскаго

Члена Московской судебной палаты.



МОСКВА.
ТОВАРИЩЕСТВО ТИПОГРАФІИ А. И. МАМОНТОВА.
Леонтьевскій переулокъ, д. Мамонтова.
1896

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Отъ автора.

Работая въ „новомъ судѣ“ почти со дня его открытія, я имѣлъ возможность близко и непосредственно наблюдать многія явленія нашего правового быта и провѣрять, въ какой степени нормы нашего законодательства въ области гражданскаго права и процесса отвѣчаютъ вновь народившимся и постоянно нарождающимся запросамъ гражданскаго оборота. Въ теченіе этого длиннаго періода времени появлялось не мало новеллъ и законопроектовъ, имѣвшихъ болѣе или менѣе близкое отношеніе къ моей служебной дѣятельности. Они возбуждали энергическую работу мысли всѣхъ тѣхъ, кто еще не застылъ въ обыденной своей профессіональной обстановкѣ и не утратилъ способности реагировать. Въ немногіе часы досуга мнѣ удавалось отмѣчать на страницахъ нашихъ юридическихъ изданій результаты моихъ наблюденій, тѣ или другіе вопросы, возникавшіе въ судебной практикѣ, предлагать возможные способы ихъ разрѣшенія, давать посильныя разъясненія по тѣмъ или другимъ новелламъ и высказывать свои замѣчанія между прочимъ на проекты опекунскаго и вотчиннаго уставовъ. Въ настоящее время часть этихъ работъ, разсѣянныхъ по разнымъ юридическимъ повременнымъ изданіямъ за много лѣтъ и имѣющихъ догматическій интересъ, мною собрана, пересмотрѣна и дополнена. Воспроизводя нынѣ эти работы, считаю нужнымъ замѣтить, что онѣ имѣютъ отчасти интерпретаціонный характеръ и предназначены преимущественно для юристовъ-практиковъ, знакомя ихъ съ законодательными актами и проектами новѣйшаго времени въ области гражданскаго права и процесса.

КЪ ВОПРОСУ ОБЪ ИПОТЕЧНОЙ СИСТЕМѢ.

Въ судебной нашей практикѣ не выясненъ до сихъ поръ окончательно вопросъ о томъ, считаются-ли дома и разнаго рода строенія, возведенныя кѣмъ-либо на чужой землѣ (частной, казенной, церковной или общественной), движимымъ или недвижимымъ имуществомъ. Въ виду предстоящаго у насъ въ скоромъ времени введенія ипотечной системы этотъ вопросъ имѣетъ существенное значеніе. Въ кассаціонной практикѣ до конца 1878 года строенія на чужой землѣ признавались недвижимымъ имуществомъ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда они пріобрѣтаются для слома или сноса (кас. рѣш. 1869 г.—№ 583, 1870 г.—№ 669, 1871 г.—№№ 272 и 558, 1872 г.—№ 252, 1873 г.—№ 737, 1874 г.—№№ 159 и 515, 1875 г.—№ 562, 1876 г.—№№ 5 и 127 и мног. др.). Въ одномъ изъ этихъ рѣшеній (1874 г.—№ 515) сенатъ, желая разрѣшить этотъ вопросъ принципіально, высказалъ между прочимъ, что «различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществами вытекаетъ изъ самаго свойства, обусловливающаго возможность или невозможность перемѣщенія безъ утраты своей цѣлости или вида»; посему «домъ, хотя и предназначенный для своза, продолжаетъ быть недвижимостью, доколѣ онъ остается крѣпкимъ на землѣ» (хотя и принадлежащей другому лицу) «и въ томъ видѣ, который соотвѣтствуетъ понятію цѣлаго дома, а не приведенъ въ состояніе груды матеріаловъ». Благодаря такому направленію въ кассаціонной практикѣ, многіе суды и старшіе нотаріусы требовали и требуютъ при передачѣ или ограниченіи правъ на какія бы то ни были строенія, возведенныя на чужой землѣ, соблюденія крѣпостнаго порядка, установленнаго для перехода

или ограниченія правъ на недвижимое имущество (ст. 18 прил. къ ст. 708 X т. 1 ч., 66, 158 и 159 ст. полож. о нот. части). Въ искахъ о правѣ собственности на подобныя имущества суды требуютъ представленія крѣпостныхъ актовъ въ доказательство права собственности. Владѣльцы этихъ имуществъ вводятся ими во владѣніе, для чего точно также требуется представленіе надлежащаго акта укрѣпленія (ст. 1424 уст. гражд. суд.). Сказанный взглядъ сената, принятый многими къ руководству, отразился и на подсудности дѣлъ (какъ исковыхъ, такъ и охранительныхъ), имѣющихъ своимъ предметомъ упомянутыя строенія. Крестьянская, напр., изба, клѣть или рига, вѣтряная мельница, хотя и стоящія на чужой землѣ, признаются недвижимымъ имуществомъ, почему дѣла объ нихъ вѣдаются окружными судами и производятся въ общемъ порядкѣ судопроизводства (споры объ имуществѣ, раздѣлы, утвержденіе въ правахъ наслѣдства, вводъ во владѣніе и проч.). Только въ концѣ 1878 года сенатъ, повидимому, отступилъ отъ многолѣтней своей практики по разсматриваемому предмету, хотя онъ прямо не отказывается отъ прежде высказанныхъ имъ положеній. По дѣлу Павловскаго (1878 г. № 276), предъявившаго искъ о правѣ собственности на домъ, выстроенный пономаремъ Финиковымъ на церковной землѣ и уступленный Павловскому по домашнему условію, окружный судъ и судебная палата отказали Павловскому въ искѣ, признавъ спорное имущество недвижимымъ, переходъ котораго долженъ совершаться крѣпостнымъ, а не домашнимъ порядкомъ. Сенатъ не согласился съ этимъ доводомъ и отмѣнилъ рѣшеніе палаты по слѣдующимъ соображеніямъ. По закону совершеніе крѣпостнаго акта необходимо для установленія перехода права собственности на недвижимое имѣніе отъ одного лица къ другому. Но право собственности на недвижимое имущество можетъ быть ограничено отдѣленіемъ отъ него права владѣнія, пользованія и распоряженія (ст. 432 X. т. 1 ч.), и тогда владѣніе составляетъ, само по себѣ, особое право, коего пространство опредѣляется тѣмъ актомъ, коимъ оно установлено (ст. 514 X т. 1 ч.). Такое отдѣленіе права владѣнія отъ права собственности возможно не только въ силу договора между собственникомъ земли и другимъ лицомъ, но и въ силу особыхъ относящихся до сего предмета законоположеній. Такъ, напр., домъ можетъ быть кѣмъ-либо построенъ на землѣ общественной или принадлежащей какому-либо вѣдомству, и въ такомъ случаѣ право на владѣніе этимъ домомъ будетъ составлять особое право отъ права собственности на землю, и предѣлы сего отдѣльнаго права должны быть опредѣляемы тѣмъ законополо-

женіемъ, въ силу котораго оно установлено. Во всякомъ случаѣ подобное право владѣнія или пользованія по свойству своему не имѣетъ ничего общаго съ понятіемъ о правѣ собственности на недвижимое имущество, а потому и порядокъ перехода этого права отъ одного лица къ другому не можетъ быть подчиненъ тѣмъ правиламъ, которыя установлены закономъ для передачи права собственности на недвижимость. Ибо въ этихъ случаяхъ лицо, которому принадлежатъ постройки безъ права на самую землю, уступаетъ другому не право собственности на землю съ возведеннымъ на ней строеніемъ, а одно только право на сіе послѣднее, которое могло ему принадлежать въ силу-ли договора, или закона; слѣдовательно, и нѣтъ законнаго основанія требовать, чтобы актъ на подобную уступку былъ совершенъ непремѣнно въ формѣ крѣпостнаго акта. Въ приведенныхъ соображеніяхъ своихъ сенатъ высказалъ положеніе, прямо противорѣчащее взгляду, утвердившемуся въ предыдущей кассаціонной практикѣ. Слѣдуя послѣднему воззрѣнію сената, недвижимое или движимое свойство домовъ и разнаго рода построекъ зависитъ, повидимому, отъ того, возведена-ли кѣмъ-либо постройка на собственной или чужой землѣ: въ первомъ случаѣ строеніе считается недвижимымъ, во второмъ— движимымъ имуществомъ (ср. кас. р. №№ 113—81, 30—91, 54—92 и др.). Такое колебаніе въ высшей нашей судебной практикѣ относительно такого существеннаго вопроса объясняется отсутствіемъ въ законѣ точнаго опредѣленія специфическихъ признаковъ недвижимаго и движимаго имущества. Законъ, какъ извѣстно, ограничивается перечисленіемъ предметовъ, относимыхъ имъ къ тому или къ другому роду имущества (ст. 384, 401 — 403 X т. 1 ч.), но онъ не даетъ критерія, посредствомъ котораго возможно было бы опредѣлить, при какихъ условіяхъ дома и вообще строенія получаютъ свойства недвижимаго или движимаго имущества. Въ мою задачу не входитъ въ настоящее время разсмотрѣть, насколько правиленъ тотъ или другой взглядъ судебныхъ дѣятелей на упомянутый вопросъ. Я хотѣлъ только указать на существенный пробѣлъ въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ, *въ виду введенія у насъ въ непродолжительномъ времени ипотечной системы*. Для правильнаго дѣйствія этой системы, имѣющей своимъ объектомъ недвижимое имущество, необходимо прежде всего такое точное законодательное опредѣленіе понятій недвижимаго и движимаго имущества, которое не нуждалось бы въ интерпретаціи и не допускало бы разномыслія въ судебной практикѣ. Иначе, новыя крѣпостныя учрежденія будутъ поставлены нерѣдко въ недоумѣніе, какъ поступить относительно дан-

наго имущества, записать-ли его и относящіяся къ нему ограниченія и лежащія на немъ обезпеченія въ крѣпостную книгу, или исключить его изъ своей компетенціи, какъ имущество движимое. Точно также собственники и пріобрѣтатели этого имущества или лица, имѣющія какія-либо права на имущество, будутъ находиться въ невѣдѣніи относительно того, какой порядокъ долженъ быть соблюдаемъ при установленіи, отчужденіи или ограниченіи такихъ правъ: крѣпостной или домашній.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній остановлюсь на разсмотрѣніи нѣкоторыхъ вопросовъ, возбуждаемыхъ Высочайше утвержденными 19 мая 1881 года главными основаніями предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество. Въ нихъ изложены общія начала будущей нашей ипотечной системы и на нихъ построены новѣйшие проекты вотчиннаго устава и положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній.

I.

По ст. 46 «главныхъ основаній», въ случаѣ недостаточности удостовѣреній, представленныхъ дѣйствительнымъ владѣльцемъ имущества о принадлежащемъ ему правѣ собственности на оное, такой владѣлецъ можетъ просить мѣстный, по нахожденію имущества, окружной судъ о признаніи за нимъ, въ порядкѣ охринительнаго судопроизводства, права на записку имущества въ крѣпостную книгу. Владѣльцевъ, не имѣющихъ установленныхъ крѣпостныхъ актовъ на имѣнія, у насъ довольно много. Для нихъ въ настоящее время одинъ исходъ: если владѣніе продолжалось 10 лѣтъ, то они обращаются въ окружной судъ съ просьбою о признаніи за ними права давностнаго владѣнія имѣніемъ. Такія просьбы разрѣшаются судомъ въ охранительномъ порядкѣ, согласно съ рѣшеніемъ гражд. касс. деп. сената по дѣлу Молошниковой (№ 792—1872 г.). На основаніи судебнаго постановленія о признаніи права давностнаго владѣнія, проситель получаетъ отъ нотаріуса свидѣтельство на имѣніе; это свидѣтельство отмѣчается старшимъ нотаріусомъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ и получаетъ зоаченіе крѣпостнаго акта на имѣніе. Эта довольно сложная и продолжительная процедура будетъ устранена со введеніемъ ипотечной системы, такъ какъ укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество будетъ совершаться запискою правъ въ крѣпостную книгу (ст. 1 главныхъ основаній). Но тѣмъ не менѣе, производство въ

окружномъ судѣ дѣлъ о признаніи права на записку имущества въ крѣпостную книгу должно сопровождаться тѣми же неудобствами и затрудненіями, которыя замѣчаются теперь по дѣламъ о признаніи права давностнаго владѣнія. Практика судовъ по этимъ дѣламъ различная. Одни суды довольствуются удостовѣреніемъ мѣстной полиціи въ томъ, что лицо владѣло имѣніемъ въ теченіе давностнаго срока безспорно, спокойно и непрерывно на правѣ собственности, причемъ въ удостовѣреніи показывается величина и составъ имѣнія. Отъ просителя кромѣ того требуется объявленіе по совѣсти цѣны имѣнія, которая не можетъ быть ниже цѣны, опредѣленной въ уставѣ о пошлинахъ для незаселенныхъ земель, если имѣніе находится въ уѣздѣ, или ниже цѣны, означенной въ городскихъ оцѣночныхъ табеляхъ, если имѣніе находится въ городѣ. Объявленіе цѣны требуется для взиманія съ просителя крѣпостной пошлины. Другіе же суды считаютъ удостовѣреніе полиціи недостаточнымъ и сами удостовѣряются въ давностномъ владѣніи просителя имѣніемъ посредствомъ дознанія черезъ окольныхъ людей, мѣстнаго осмотра или допроса свидѣтелей. Въ послѣднее время второй способъ удостовѣренія въ давностномъ владѣніи преобладаетъ въ судахъ, такъ какъ полиція считаетъ себя некомпетентною выдавать упомянутыя удостовѣренія. Для имѣній, находящихся въ томъ же городѣ, гдѣ и находится окружной судъ, способы доказыванія давностнаго владѣнія посредствомъ дознанія, осмотра и свидѣтельскихъ показаній не представляютъ особенныхъ затрудненій, кромѣ тѣхъ, разумѣется, которыя вообще сопряжены съ производствомъ дѣлъ въ окружномъ судѣ. Но когда имѣніе находится въ уѣздѣ или въ городѣ, гдѣ нѣтъ окружного суда, то, въ случаѣ малоцѣнности имѣнія, расходы по производству дѣла въ окружномъ судѣ (командированіе на мѣсто члена суда для производства дознанія и мѣстнаго осмотра при участіи землемѣра для опредѣленія пространства земли, вызовъ въ судъ свидѣтелей, вознагражденіе ихъ и проч.) иногда превышаютъ цѣну имѣнія и нерѣдко поглощаютъ большую часть стоимости его, ужъ не говоря о продолжительности самаго производства и о томъ, что владѣлецъ отвлекается надолго отъ своихъ занятій или долженъ имѣть повѣреннаго.

По приведенной ст. 46 главныхъ основаній, окружному суду предоставлено разрѣшать въ охранительномъ порядкѣ просьбы о признаніи права на записку имущества въ крѣпостную книгу. Такъ какъ основаніемъ записки въ книгу служитъ право собственности на имущество (ст. 45), то окружной судъ для удостовѣренія и повѣрки такого права долженъ былъ бы пользоваться тѣми же способами,

какими онъ пользуется теперь при разрѣшеніи просьбъ о давностномъ владѣніи. Въ виду показанныхъ неудобствъ, рельефно выдвигающихся при малоцѣнности имѣнія, и съ цѣлью облегченія записки имущества въ крѣпостную книгу для дѣйствительныхъ собственниковъ, не имѣющихъ крѣпостныхъ актовъ на имущество, проектъ вотчиннаго устава предоставляетъ разрѣшеніе просьбъ о запискѣ имѣній въ вотчинныя книги по *неформальнымъ документамъ и по давности владѣнія* вотчинному установленію (ст. 361—366). По моему мнѣнію, было бы цѣлесообразнѣе отнести такого рода дѣла къ вѣдѣнію *мѣстнаго, близкаго къ населенію единоличнаго судьи* (см. ниже «къ пересмотру судебныхъ уставовъ»). Производство дѣла у судьи будетъ гораздо проще и скорѣе, нежели въ окружномъ судѣ или въ вотчинномъ установленіи. Кромѣ того судья, находясь въ большинствѣ случаевъ близко къ имуществу, относительно котораго заявлена просьба, можетъ легко и основательно удостовѣриться въ правахъ владѣльца на имущество. Нѣтъ никакого основанія опасаться неправильнаго и ошибочнаго признанія судьею права на записку имущества въ крѣпостную книгу. Во-первыхъ, признаніе означеннаго права въ охранительномъ порядкѣ не лишаетъ дѣйствительнаго собственника имущества права возражать противъ записки въ крѣпостную книгу и предъявить объ этомъ споръ въ исковомъ порядкѣ. Здѣсь дѣйствуетъ общее начало, выраженное въ правилахъ охранительнаго судопроизводства въ ст. 1420 и 1434 уст. гражд. суд. Кромѣ того, «главныя основанія» установляютъ обязательную публикацію и другія мѣры оглашенія первоначальной записки имущества въ крѣпостную книгу, съ вызовомъ лицъ, имѣющихъ какія-либо права на записанное имущество или желающихъ предъявить къ нему основанныя на законѣ требованія. Эти права и требованія могутъ быть предъявлены крѣпостному установленію въ трехлѣтній срокъ со дня припечатанія послѣдняго объявленія, или объ этихъ правахъ можетъ быть предъявленъ искъ въ судѣ (ст. 50—53). Въ продолжительный промежутокъ времени отъ первоначальной записки имущества до утвержденія крѣпостной книги всякія неправильныя записки имущества могутъ быть исправлены или уничтожены (ст. 51, 52 и 54). Во-вторыхъ, можно смѣло предсказать, что, за весьма рѣдкими исключеніями, о признаніи права на записку имущества въ крѣпостную книгу будутъ просить только дѣйствительные собственники имущества. Я это утверждаю на основаніи слѣдующаго факта. Изъ практики одного окружного суда мнѣ извѣстно, что за все время производства въ немъ дѣлъ о давностномъ владѣніи (а такихъ дѣлъ со времени обнародованія указа сената 1872 года по дѣлу

Молошниковой до послѣдняго времени было болѣе 1000) возникло всего нѣсколько исковыхъ дѣлъ по спорамъ противъ правъ владѣльцевъ, за которыми судомъ признано было право давностнаго владѣнія имуществомъ. Сказанное убѣждаетъ въ томъ, что производство въ охранительномъ порядкѣ дѣлъ о признаніи за лицомъ права на записку имущества въ крѣпостную книгу можетъ быть предоставлено единоличному судьѣ не только безъ всякаго ущерба для дѣла, но съ значительнымъ сбереженіемъ труда и расходовъ. Предлагаемый порядокъ въ значительной степени будетъ способствовать болѣе быстрому иуспѣшному введенію у насъ ипотечной системы.

II.

«Главныя основанія» отдѣляютъ актъ первоначальной записки недвижимаго имущества въ крѣпостную книгу отъ акта утвержденія этой книги (ст. 43—54). Все производство между этими двумя моментами, какъ, напр., публикація и оглашеніе записки въ крѣпостную книгу, принятіе заявленій о правахъ на записанное имущество, сообщеніе этихъ заявленій собственнику, записка въ крѣпостную книгу заявленныхъ на имущество правъ, относится только къ процессу *первоначальной* записки въ крѣпостную книгу имущества, а не къ дальнѣйшимъ переходамъ и переукрѣпленіямъ имущества, уже записаннаго въ крѣпостную книгу. Законъ требуетъ утвержденія крѣпостной книги съ цѣлью повѣрки записанныхъ въ книгу правъ на имущество и предоставленія всякому лицу возможности заявлять о своихъ правахъ на то же имущество. Поэтому между первоначальною запискою въ книгу и утвержденіемъ ея—«главныя основанія» установляютъ промежутокъ въ нѣсколько лѣтъ. Но разъ крѣпостная книга утверждена, имущество считается укрѣпленнымъ за тѣмъ лицомъ, за которымъ оно записано, и при дальнѣйшихъ переходахъ имущества отъ первоначальнаго собственника къ другимъ записка въ книгу сливается съ утвержденіемъ книги, т. е. пріобрѣтеніе права происходитъ одновременно съ укрѣпленіемъ его. Это видно изъ ст. 1 «главныхъ основаній», по которой укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество, ограниченій права собственности на оное, а также установляемыхъ на имуществѣ обезпеченій, совершается запискою означенныхъ правъ, ограниченій и обезпеченій въ крѣпостную книгу.

О первоначальной запискѣ имущества въ крѣпостную книгу публикуется въ сенатскихъ вѣдомостяхъ три раза, при чемъ наблюдается, чтобы второе объявленіе припечатывалось черезъ три мѣсяца послѣ перваго. Кромѣ того, крѣпостное отдѣленіе принимаетъ и другія мѣры къ оглашенію записки имущества въ крѣпостную книгу (ст. 50). Срокъ для подачи посторонними лицами заявленій о своихъ правахъ на записанное имущество или о какихъ-либо требованіяхъ къ нему полагается трехлѣтній со дня припечатанія послѣдняго объявленія (ст. 51). По моему мнѣнію, этотъ срокъ слишкомъ продолжительный. Въ нашихъ гражданскихъ законахъ (изданныхъ въ то время, когда у насъ еще не было ни гласности, ни желѣзныхъ дорогъ) установленъ двухгодичный срокъ для предъявленія споровъ противъ духовныхъ завѣщаній и купчихъ крѣпостей, считая этотъ срокъ со дня публикацій (ст. 1098 и 1524 X т., I ч.). Можно съ большою вѣроятностью предположить, что лица, имѣющія какія-либо права на записанное въ крѣпостную книгу имущество или требованія къ нему, узнаютъ о запискѣ вскорѣ послѣ совершенія ея, тѣмъ болѣе, что къ возможно большему оглашенію ея во всеобщую извѣстность будутъ приняты, кромѣ публикаціи, и другія мѣры. Неизвѣстно, какими соображеніями руководствовались составители «главныхъ основаній» при назначеніи трехлѣтняго срока [1]); совершенно достаточно было бы назначить 6-ти мѣсячный срокъ, предполагая даже, что лица, имѣющія заявить какія-либо права на имущество, будутъ находиться за границею; такой же срокъ установленъ при вызовѣ по исковому прошенію отвѣтчика, мѣстожительство котораго неизвѣстно, или при вызовѣ наслѣдниковъ. Съ сокращеніемъ срока на подачу заявленій сократится промежуточный періодъ между запискою имущества въ крѣпостную книгу и утвержденіемъ ея и устранится неопредѣленное положеніе записаннаго имущества. Сокращеніе срока не повлечетъ никакихъ вредныхъ послѣдствій для постороннихъ лицъ еще и потому, что они не лишены права начать искъ общеустановленнымъ порядкомъ (ст. 53). Упомянутыя заявленія постороннихъ лицъ о своихъ правахъ на записанное имущество поступаютъ въ крѣпостное установленіе и сообщаются собственнику имущества для представленія отзыва въ шестимѣсячный срокъ со дня сообщенія (ст. 52) [2]). Для записки въ крѣпостную книгу предъявленныхъ къ имуществу правъ и требованій, ст. 53 ставитъ два условія: подтвержденіе предъявлен-

---

[1]) По проекту вотч. устава (ст. 381) назначается *годовой* срокъ.

[2]) По проекту (ст. 385) назначенъ мѣсячный срокъ.

ныхъ правъ и требованій такими актами, которые по закону признаются доказательствомъ правъ на недвижимость, и отсутствіе возраженія собственника противъ записи въ теченіе означеннаго шестимѣсячнаго срока. Въ случаѣ же непредставленія подтверждающихъ заявленныя права актовъ, а также если со стороны собственника будетъ сдѣлано возраженіе, предоставляется начать иски общеустановленнымъ порядкомъ (ст. 53). Какое юридическое значеніе имѣетъ записка въ крѣпостную книгу правъ и требованій, предъявленныхъ къ имуществу? Права, заявленныя на записанное имущество, могутъ заключаться въ правѣ собственности, правѣ пожизненнаго владѣнія или срочнаго пользованія и въ другихъ правахъ на чужую вещь. Точно также требованія къ имуществу могутъ состоять въ ограниченіяхъ права собственности и въ обезпеченіяхъ на имуществѣ. По смыслу приведенной ст. 53, крѣпостное установленіе совершаетъ записку заявленій, если въ подтвержденіе ихъ представлены надлежащія доказательства и если собственникъ имущества не возражаетъ противъ этого. Посредствомъ такой записки въ крѣпостную книгу предъявленное право или требованіе получаетъ свою санкцію и пріобрѣтаетъ прочную связь съ имуществомъ. Крѣпостное установленіе заноситъ эти права и требованія въ соотвѣтствующіе отдѣлы книги, смотря по ихъ содержанію (ст. 29). Предположимъ, что постороннее лицо заявило о правѣ собственности на записанное имущество во всемъ его составѣ или на часть его, такъ что на одно и то же имущество] стекаются два исключающихъ другъ друга права. Въ этомъ случаѣ, мнѣ кажется, крѣпостное установленіе не можетъ посредствомъ записки замѣнить прежняго собственника новымъ, такъ какъ это было бы равносильно предоставленію крѣпостному установленію чисто судебной функціи—разрѣшеніе коллизіи правъ. Въ самомъ дѣлѣ, первоначальная записка имущества въ крѣпостную книгу совершается по удостовѣреніи дѣйствительнымъ его владѣльцемъ принадлежащаго ему права собственности на оное или, въ случаѣ недостаточности удостовѣреній, по признаніи судомъ за владѣльцемъ права на записку имущества въ крѣпостную книгу (ст. 45, 46). Если затѣмъ другое лицо предъявило на это же имущество свое право собственности, съ представленіемъ доказательствъ,—то замѣна прежняго собственника имѣнія новымъ можетъ происходить не иначе, какъ по разсмотрѣніи въ исковомъ порядкѣ правъ того и другого компетентнымъ судомъ и по постановленіи имъ рѣшенія о правѣ собственности лица, заявившаго о своемъ правѣ послѣ первоначальной записки имущества за другимъ лицомъ. Но до того времени

собственникомъ имущества долженъ считаться тотъ, за кѣмъ имущество было записано первоначально, и крѣпостное установленіе, по моему мнѣнію, должно ограничиться въ этомъ случаѣ охранительною отмѣткою во второй части крѣпостной книги въ обезпеченіе предъявленнаго другимъ лицомъ права собственности на то же имущество (ст. 29). Само собой разумѣется, что какъ лицо, за которымъ имущество первоначально записано, такъ и лицо, въ пользу котораго сдѣлана охранительная отмѣтка, не лишены права предъявить искъ о правѣ собственности общеустановленнымъ порядкомъ. Другія же права и требованія, заявленныя крѣпостному установленію, объ ограниченіяхъ права собственности или объ обезпеченіяхъ на записанномъ имуществѣ, если эти требованія подтверждены доказательствами и если противъ нихъ не поступало со стороны собственника возраженія, записываются въ крѣпостную книгу въ соотвѣтствующіе отдѣлы (ст. 29 и 53). Въ такомъ смыслѣ слѣдовало бы изложить будущія законоположенія объ ипотечной системѣ. Изъ приведенной ст. 53 также видно, что въ случаѣ непредставленія заявившими свои права и требованія доказательствъ и если со стороны собственника сдѣлано возраженіе, то записка этихъ правъ и требованій въ крѣпостную книгу не совершается, при чемъ какъ собственнику, такъ и лицамъ, заявившимъ о своихъ правахъ и требованіяхъ, предоставляется начать иски общеустановленнымъ порядкомъ. Эта послѣдняя оговорка представляется излишнею, въ виду общаго правила, выраженнаго въ ст. 691, 693 X т. 1 ч. и 1 ст. уст. гр. суд. Въ разсматриваемой статьѣ прямо не указано, какъ поступить крѣпостному установленію, если о заявленыхъ правахъ и требованіяхъ представлены надлежащія доказательства, а со стороны собственника сдѣлано возраженіе, или если заявившимъ не представлено доказательствъ, а собственникомъ не сдѣлано возраженія? Но изъ сопоставленія первой и второй части означенной статьи можно вывести, что для записки заявленныхъ правъ и требованій въ книгу необходима наличность двухъ условій: представленіе надлежащихъ доказательствъ правъ на недвижимость и отсутствіе возраженія собственника противъ записки; слѣдовательно, при наличности одного только изъ этихъ условій, т. е. когда представлены доказательства, а собственникомъ подано возраженіе, или когда нѣтъ ни доказательствъ, ни возраженія, записка не совершается. Утвержденіе крѣпостной книги можетъ послѣдовать не иначе, какъ по истеченіи упомянутыхъ сроковъ и по окончаніи въ крѣпостномъ установленіи производства по всѣмъ поступившимъ заявленіямъ (ст. 54).

III.

Разсмотримъ теперь юридическое положеніе имущества между первоначальною запискою его въ крѣпостную книгу и утвержденіемъ этой послѣдней. Этотъ промежуточный періодъ, по «главнымъ основаніямъ», продолжается болѣе 4-хъ лѣтъ, такъ какъ троекратная публикація производится въ теченіи 6-ти мѣсяцевъ (ст. 50), срокъ для заявленій о правахъ на записанное имущество полагается трехлѣтній со дня припечатанія послѣдняго объявленія (ст. 51), а для подачи собственникомъ имущества отзыва назначается 6-ти мѣсячный срокъ со дня сообщенія ему означенныхъ заявленій о правахъ на имущество (ст. 52) [1].

«Главныя основанія» освобождаютъ отъ дѣйствія давности права, ограниченія и обезпеченія, записанныя въ крѣпостной книгѣ, такъ что они не могутъ быть утрачиваемы въ силу земской давности (ст. 2). Такая незыблемость записанныхъ въ книгу правъ составляетъ одну изъ отличительныхъ чертъ будущей нашей ипотечной системы. Но это правило не распространяется на права, ограниченія и обезпеченія, первоначально записанныя въ крѣпостную книгу до ея утвержденія (ibid.). Отсюда слѣдуетъ, что только съ момента утвержденія крѣпостной книги права на недвижимое имущество укрѣпляются за собственникомъ его и не могутъ прекращаться на основаніи давности. Такимъ образомъ моментъ первоначальной записки не прерываетъ теченія давности. Предположимъ, что во время первоначальной записки имущества, принадлежащаго лицу А., другое лицо Б. владѣетъ этимъ имуществомъ безспорно, непрерывно въ видѣ собственности, и такое владѣніе продолжалось 8 лѣтъ, слѣдовательно, черезъ два года послѣ записки истекаетъ срокъ земской давности; тогда владѣніе Б. превращается въ право собственности (ст. 533, X т., 1 ч.) и въ то же время право собственности А. на недвижимое имущество прекращается. Но Б. въ теченіе установленнаго срока послѣ публикаціи о запискѣ имущества не заявлялъ о давностномъ своемъ владѣніи, и

---

[1]) Эти сроки по проекту вотч. уст. сокращены. Для насъ вообще непонятно, съ какою цѣлью утвержденіе крѣпостной книги обставлено такими формальностями. Мнѣ кажется, что въ интересахъ поземельной регистраціи и поземельнаго кредита слѣдуетъ, насколько это возможно, облегчить и ускорить укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество. Если же этимъ укрѣпленіемъ нарушены будутъ права постороннихъ лицъ, то они всегда въ теченіи земской давности могутъ возстановить свои права судебнымъ порядкомъ.



крѣпостная книга была утверждена, такъ что право на имущество укрѣплено за А. Такое право А. — мнимое, ибо оно уже утеряно до утвержденія крѣпостной книги за истеченіемъ земской давности. Тѣмъ не менѣе оно формально существуетъ и порождаетъ весьма важныя юридическія послѣдствія. Такъ, лицо А., за которымъ право на имущество укрѣплено и значится за нимъ въ крѣпостной книгѣ безспорно, продалъ это имущество В. По рѣшенію суда, состоявшемуся по иску Б. о правѣ его на это имущество на основаніи давности, право А. было уничтожено. По ст. 14 «главныхъ основаній» сдѣлки объ отчужденіи или ограниченіи правъ собственности на недвижимое имущество, заключенныя съ лицомъ, за которымъ право на него значилось въ крѣпостной книгѣ безспорно, сохраняютъ свою силу, хотя бы впослѣдствіи право сего лица было уничтожено рѣшеніемъ суда. Слѣдовательно, право собственности на имущество сохраняется за пріобрѣтателемъ В., несмотря на то, что право продавца А. уничтожено. Но если бы сдѣлка А. съ В. объ отчужденіи имущества была заключена до утвержденія крѣпостной книги (на что А. имѣетъ право, согласно 55 ст. «главныхъ основаній»), то, съ уничтоженіемъ по рѣшенію суда права А., само собой уничтожатся и права пріобрѣтателя В. на имущество. Такое положеніе я основываю на ст. 56, по которой на права, внесенныя въ крѣпостную книгу до ея утвержденія, не распространяется дѣйствіе правилъ, изложенныхъ въ ст. 6—15, слѣдовательно, и дѣйствіе указанной ст. 14. Сказанное сводится къ слѣдующему положенію: если въ моментъ первоначальной записки имущества въ крѣпостную книгу срокъ давности владѣнія посторонняго лица еще не истекъ, то онъ не прерывается, а продолжаетъ свое теченіе; въ случаѣ окончанія его прежде утвержденія крѣпостной книги, право лица, за которымъ имущество записано, утрачивается и всѣ сдѣлки его относительно имущества, заключенныя прежде утвержденія книги, признаются, въ случаѣ спора, недѣйствительными. Послѣдующій затѣмъ актъ утвержденія книги не можетъ возстановлять утерянное уже право и силу заключенныхъ прежде сдѣлокъ; сдѣлки же, заключенныя послѣ утвержденія книги, дѣйствительны, хотя право отчужденія имущества въ моментъ заключенія сдѣлки принадлежало другому лицу. Если же крѣпостная книга утверждена до окончанія срока давности, то теченіе срока прерывается и имущество не подлежитъ уже дѣйствію давности. Въ такомъ смыслѣ и слѣдуетъ изложить въ ипотечномъ уставѣ правила, касающіяся разсматриваемаго предмета. Итакъ, отъ времени первоначальной записки имущества до момента утвержденія крѣпостной книги права на записанное имуще-

ство могутъ быть пріобрѣтаемы и утрачиваемы на основаніи земской давности. Въ этомъ заключается первый признакъ, отличающій юридическое положеніе имущества до утвержденія крѣпостной книги отъ положенія его послѣ такого утвержденія [1]).

Второе отличіе заключается въ томъ, что на права, внесенныя въ крѣпостную книгу до ея утвержденія, не распространяется принципъ старшинства (ст. 56). По уставу гражд. судопр., начало старшинства, относительно преимущественнаго удовлетворенія, примѣняется только къ залоговому праву и къ такъ называемымъ привиллегированнымъ долгамъ (подати, повинности, недоимки, издержки по взысканію), ибо, въ случаѣ публичной продажи заложеннаго имѣнія, изъ вырученной суммы уплачиваются недоимки въ податяхъ и повинностяхъ, издержки по производству описи и продажи и претензіи, обезпеченныя залогомъ этого имущества, *по старшинству закладныхъ* (ст. 1163, 1168 и 1215 уст. гр. суд.), а старшинство опредѣляется временемъ утвержденія закладной старшимъ нотаріусомъ. Другія же, лежащія на имуществѣ обезпеченія (запрещенія) не пользуются никакимъ старшинствомъ, не смотря на время ихъ установленія, не только между собою, но и передъ претензіями, не обезпеченными недвижимымъ имуществомъ, такъ что въ случаѣ недостаточности вырученной отъ продажи имѣнія суммы на полное удовлетвореніе всѣхъ взысканій, она распредѣляется между ними по соразмѣрности (ст. 1167 и 1214 и послѣд. уст. гр. суд.). «Главныя основанія» предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество вводятъ въ этотъ порядокъ принципъ старшинства. Онъ заключается въ томъ, что взаимное отношеніе между укрѣпленными на недвижимомъ имуществѣ правами, ограниченіями права собственности, обезпеченіями и охранительными отмѣтками опредѣляется временемъ ихъ записки въ крѣпостную книгу: при стеченіи правъ, ограниченій, обезпеченій и охранительныхъ отмѣтокъ на недвижимомъ имуществѣ, пользуются преимуществомъ тѣ изъ нихъ, которыя записаны въ крѣпостную книгу раньше другихъ (начало старшинства изложено въ ст. 6 — 13, 18 и 38 «главныхъ основаній» и будетъ разсмотрѣно ниже нѣсколько подробнѣе). Но къ правамъ, первоначально записаннымъ въ крѣпостную книгу до ея утвержденія, принципъ старшинства не примѣняется. Взаимное отношеніе, сила и старшинство такихъ правъ опредѣляется на основаніи законовъ, которые будутъ дѣйствовать при введеніи положенія о но-

---

[1]) По проекту вотчиннаго устава начало безповоротности вступаетъ въ силу по истеченіи двухъ лѣтъ со дня утвержденія книги (ст. 400).



вомъ порядкѣ укрѣпленія правъ на недвижимое имущество (ст. 56). Но хотя между правами, записанными въ крѣпостную книгу *до ея утвержденія*, законъ не допускаетъ старшинства, однако они пользуются старшинствомъ передъ всѣми правами, укрѣпленными на имуществѣ *послѣ утвержденія* книги (ст. 57). Слѣдовательно, при конкурсѣ, напр., взысканій, обезпеченныхъ на имуществѣ и внесенныхъ въ крѣпостную книгу до ея утвержденія, съ таковыми же взысканіями, внесенными послѣ утвержденія книги, первыя пользуются при публичной продажѣ имущества преимущественнымъ удовлетвореніемъ передъ послѣдними. Основаніе, по которому на права, внесенныя въ крѣпостную книгу до ея утвержденія, не распространяется дѣйствіе правилъ о старшинствѣ, заключается, по моему мнѣнію, въ томъ, что при первоначальной запискѣ имущества въ крѣпостную книгу владѣлецъ имущества *заразъ* представляетъ всѣ свѣдѣнія о долгахъ, обезпеченныхъ имуществомъ, и о лежащихъ на немъ ограниченіяхъ права собственности (ст. 45), и кромѣ того само крѣпостное установленіе собираетъ свѣдѣнія о числящихся по запретительнымъ и разрѣшительнымъ книгамъ, реестрамъ и дѣламъ старшаго нотаріуса ограниченіяхъ права собственности и вноситъ ихъ въ соотвѣтствующіе отдѣлы крѣпостной книги (ст. 47). Если такимъ образомъ всѣ свѣдѣнія о лежащихъ на имуществѣ ограниченіяхъ и обезпеченіяхъ вносятся въ крѣпостную книгу *одновременно* съ запискою самаго имущества, то сюда не можетъ имѣть примѣненія старшинство, такъ какъ оно основано на запискѣ въ книгу правъ, ограниченій и обезпеченій *въ послѣдовательномъ по времени порядкѣ*. Послѣ же утвержденія крѣпостной книги предполагается, что, при обыкновенномъ ходѣ событій, права на имущество и обремененія его будутъ возникать *постепенно одно послѣ другого*, чѣмъ и будетъ опредѣляться ихъ старшинство между собою и отношеніе ихъ къ правамъ, внесеннымъ въ книгу до утвержденія ея. Но слѣдуетъ замѣтить, что «главныя основанія» нѣсколько отступаютъ отъ правила, выраженнаго въ ст. 56 о непримѣненіи старшинства къ правамъ, внесеннымъ въ крѣпостную книгу *до ея утвержденія*, постановляя въ ст. 58, что сила и старшинство правъ на имущество, заявленныхъ *по истеченіи срока*, установленнаго ст. 51, опредѣляются согласно статьямъ 6—15 (а въ нихъ излагаются правила о старшинствѣ). Отсюда можно, повидимому, заключить, что начало старшинства во взаимныхъ отношеніяхъ между правами, заявленными на имущество, примѣняется, *хотя бы крѣпостная книга еще не была утверждена;* ибо книга утверждается лишь тогда, когда истекли сроки для подачи заявленій о пра-

вахъ (ст. 51) и отзыва собственника имуществъ (ст. 52), и когда въ крѣпостномъ установленіи будетъ окончено производство по всѣмъ поступившимъ заявленіямъ (ст. 54). Мнѣ неизвѣстенъ мотивъ, побудившій составителей «главныхъ основаній» отклониться отъ положенія, выраженнаго въ ст. 56. Въ такомъ вопросѣ, какъ укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество, твердость принципа и точность законодательныхъ опредѣленій пріобрѣтаютъ первостепенную важность. Поэтому мнѣ кажется, что въ разсматриваемомъ вопросѣ слѣдовало бы держаться исключительно одного опредѣленнаго момента: или утвержденія крѣпостной книги, или истеченія срока, установленнаго для подачи заявленій о правахъ на имущества (ср. ст. 401 проекта вотч. устава относительно старшинства).

IV.

«Главныя основанія» различаютъ четыре группы отношеній къ записанному въ крѣпостной книгѣ недвижимому имуществу: а) права на недвижимое имущество; б) ограниченія права собственности на оное; в) установляемыя на имуществѣ обезпеченія и г) охранительныя отмѣтки. Мы не находимъ въ разсматриваемомъ законѣ точнаго опредѣленія этихъ четырехъ институтовъ, хотя объ нихъ упоминается весьма часто во многихъ мѣстахъ «главныхъ основаній», и они составляютъ коренную основу всей предполагаемой ипотечной системы. Точное опредѣленіе этихъ понятій представляется тѣмъ болѣе необходимымъ, что юридическое наше развитіе еще весьма ограничено и что у насъ нѣтъ гражданскаго уложенія. Но изъ общаго смысла «главныхъ основаній», разсматриваемыхъ въ связи съ институтами нашего матеріальнаго и судебнаго права, можно заключить, что подъ первою группой слѣдуетъ разумѣть права собственности на недвижимое имущество, пріобрѣтенныя установленными въ гражданскихъ законахъ способами пріобрѣтенія правъ, подъ второю—все то, что стѣсняетъ объемъ права собственности на данное недвижимое имущество и дѣлаетъ его неполнымъ въ силу-ли закона, или на основаніи договора, или завѣщанія (ст. 432 X т. 1 ч.). Сюда относятся лежащіе на имуществѣ сервитуты и договоры о наймѣ или отдачѣ имущества въ содержаніе, временное или пожизненное владѣніе имуществомъ, установленное завѣщаніемъ и т. п. Въ этихъ двухъ группахъ недвижимое имущество служитъ главнымъ и непосредственнымъ объектомъ юридическаго отношенія,—права и ограниченія существуютъ самосто-

ятельно и лежать на самомъ имуществѣ. Къ третьей группѣ относятся такъ называемыя ипотеки или права на недвижимое имущество, обезпечивающее исполненіе договоровъ и обязательствъ. Институтъ обезпеченія имѣетъ, по своему понятію, акцессорный характеръ въ томъ смыслѣ, что онъ предполагаетъ существованіе *главнаго* самостоятельнаго юридическаго отношенія, имѣющаго своимъ объектомъ имущество или дѣйствія лица; записанное въ крѣпостную книгу имущество только охраняетъ и гарантируетъ исполненіе или удовлетвореніе обязательства. Подъ охранительною отмѣткою «главныя основанія» разумѣютъ установляемыя на записанное имущество, по распоряженію судебной или административной власти, обезпеченія предъявленныхъ къ собственнику имущества исковъ, взысканій и начетовъ. По ст. 4 «главныхъ основаній» обезпеченіе исковъ, предъявляемыхъ къ собственнику имущества, записаннаго въ крѣпостную книгу, а также налагаемыхъ на это лицо денежныхъ взысканій и начетовъ, устанавливается посредствомъ вносимыхъ въ книгу охранительныхъ отмѣтокъ. Охранительныя отмѣтки вносятся въ крѣпостную книгу, какъ на основаніи судебныхъ опредѣленій и распоряженій, такъ и вслѣдствіе объявленій и требованій со стороны подлежащихъ установленій (ст. 34). Такимъ образомъ, и здѣсь предполагается существованіе извѣстнаго требованія къ собственнику имущества, и исполненіе этого требованія обезпечивается имуществомъ, которое, слѣдовательно, ограждаетъ реализацію извѣстнаго права. Формальный признакъ, отличающій обезпеченія (ипотеки) отъ охранительныхъ отмѣтокъ, заключается въ томъ, что первыя установляются закономъ или добровольно самимъ собственникомъ имущества, вторыя же судебною или другою властью. Но по существу обезпеченія и охранительныя отмѣтки отличаются между собою тѣмъ, что первыя предполагаютъ права и требованія, уже окончательно установленныя, вторыя имѣютъ, по общему правилу, эвентуальный или условный характеръ; онѣ ограждаютъ права и требованія на случай ихъ окончательнаго установленія. Согласно такому различію въ понятіяхъ правъ, ограниченій, обезпеченій и охранительныхъ отмѣтокъ, они вносятся въ соотвѣтствующія части крѣпостной книги. По ст. 29 во вторую часть книги записываются: собственникъ имущества, основаніе права собственности, а также охранительныя отмѣтки, обезпечивающія право собственности, составляющее предметъ спора. Въ третьей части помѣщаются ограниченія права собственности, къ числу коихъ относятся также договоры о наймѣ имущества или отдачѣ его въ содержаніе, а равно обезпечивающія эти ограниченія охранительныя отмѣтки. Въ четвертую

часть записываются: установленныя на имуществѣ обезпеченія договоровъ, обязательствъ, денежныхъ исковъ, взысканій и начетовъ, относящіяся къ симъ требованіямъ охранительныя отмѣтки, равно какъ залоговыя свидѣтельства. Изъ этой системы записки въ крѣпостную книгу видно, что право собственности (собственникъ имущества и основаніе права собственности), ограниченія этого права и установленныя на имуществѣ обезпеченія вносятся въ особыя для нихъ предназначенныя части книги; охранительныя же отмѣтки вносятся то въ ту, то въ другую часть книги, смотря по тому, къ какому предмету или отношенію охранительная отмѣтка относится. Если предметомъ иска или спора служитъ право собственности на записанное въ крѣпостную книгу имущество и судъ постановилъ опредѣленіе объ обезпеченіи этого иска, то охранительная отмѣтка вносится въ ту часть крѣпостной книги, гдѣ записанъ собственникъ имущества и основаніе права собственности, т. е. во вторую часть. Такая охранительная отмѣтка замѣняетъ налагаемое нынѣ, на основаніи 609 ст. уст. гражд. суд., запрещеніе на спорное имущество. Она не стѣсняетъ собственника въ правѣ отчуждать имущество, установлять на немъ ограниченія права собственности и обезпечивать имуществомъ договоры, обязательства, иски, взысканія и начеты, какъ это вытекаетъ изъ смысла ст. 5 и 14 «главныхъ основаній» (см. ст. 12 проект. вотч. устава). Охранительныя отмѣтки, обезпечивающія ограниченія права собственности, вносятся въ третью часть книги, такъ какъ здѣсь записаны самыя ограниченія. Такъ, напр., если искъ основанъ на правѣ участія частнаго или на договорѣ найма имущества, то въ обезпеченіе этого иска дѣлается охранительная отмѣтка въ третьей части книги. Наконецъ, охранительныя отмѣтки, обезпечивающія денежные иски, взысканія и начеты, вносятся въ ту часть книги, въ которую записываются установленныя на имуществѣ обезпеченія договоровъ и обязательствъ, т. е. въ четвертую часть. Сюда относятся всѣ охранительныя отмѣтки, не вытекающія изъ иска о правѣ собственности на недвижимое имущество или объ ограниченіи этого права.

Въ эту же часть книги записываются охранительныя отмѣтки по такимъ требованіямъ казны, которымъ законъ присвоиваетъ значеніе безспорныхъ (наприм., требованіе податей и повинностей), и охранительныя отмѣтки при посылкѣ должнику повѣстки объ обращеніи взысканія на принадлежащее ему недвижимое имущество (ст. 9, 34 и 38), такъ какъ въ этихъ случаяхъ имуществомъ обезпечивается денежное взысканіе или начетъ [1]).

[1]) Проектъ вотч. устава различаетъ записи и *отмѣтки*; послѣднія вно-

Взаимное отношеніе между правами, ограниченіями, обезпеченіями или охранительными отмѣтками опредѣляется временемъ записки ихъ въ крѣпостную книгу (ст. 6). Для ихъ укрѣпленія необходима записка ихъ въ крѣпостную книгу (ст. 1 и 4). Исключеніе составляютъ лежащія на имуществѣ подати и повинности, какъ государственныя, такъ и земскія и общественныя, а равно недоимки въ оныхъ. Онѣ обезпечиваются имуществомъ и отвѣтственность въ ихъ платежѣ переходитъ къ новому собственнику имущества, *хотя бы онѣ не были записаны въ крѣпостную книгу* (ст. 9, 49). Юридическимъ послѣдствіемъ записки является отвѣтственность имущества, въ крѣпостную книгу котораго права, ограниченія, обезпеченія и охранительныя отмѣтки записаны. Они переходятъ къ новому владѣльцу вмѣстѣ съ имуществомъ (ст. 7). Принципъ старшинства заключается въ томъ, что записанныя въ крѣпостную книгу права и ограниченія права собственности сохраняютъ свою силу въ отношеніи всѣхъ лицъ, права которыхъ на то же самое имущество будутъ записаны въ книгу позднѣе, а внесенныя въ книгу обезпеченія и охранительныя отмѣтки пользуются правомъ на преимущественное удовлетвореніе предъ такими же требованіями, записанными въ книгу позднѣе (ст. 7, 10—13). Въ случаѣ коллизіи между всѣми этими укрѣпленіями, она разрѣшается въ пользу тѣхъ, которыя совершены (записаны въ крѣпостную книгу) ранѣе, по началу: potior temporis, potior juris. «Главныя основанія» не дѣлаютъ различія, по отношенію къ старшинству, между существомъ правъ или требованій, въ огражденіе которыхъ установлены обезпеченія или охранительныя отмѣтки. Сила и преимущество ихъ зависятъ не отъ того, въ какую часть книги они записаны, а отъ того, *когда* они записаны: младшія по времени записки права уступаютъ старшимъ (ст. 6; исключеніе составляютъ только привилегіи: подати, повинности и проч.). Такъ, напримѣръ, охранительная отмѣтка, обезпечивающая денежный искъ или взысканіе, имѣетъ преимущество передъ обезпеченіемъ обязательства (наприм., закладной), внесеннымъ въ книгу позднѣе, такъ что изъ вырученныхъ при продажѣ имущества денегъ отчисляется на удовлетвореніе означеннаго иска или взысканія сумма, а остатокъ обращается на удовлетвореніе закладной (ст. 13, 18 и 41); *при отсутствіи же денегъ закладная остается безъ всякаго удовлетворенія*.

сятся въ вотчинную книгу въ обезпеченіе правъ илив охраненіе возраженій противъ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ (см. ст. 5 и объясненія стр. 108—119, т. I).

А такой случай возможенъ при производствѣ новаго торга, когда имущество, согласно 1070 ст. уст. гр. суд. и по смыслу ст. 39—41 «главныхъ основаній», можетъ быть продано и ниже оцѣнки. По ст. 39 и 41 торги начинаются съ суммы долговъ, записанныхъ въ крѣпостную книгу до внесенія въ нее охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на недвижимое имущество. Если первый торгъ не состоится, то взыскателю представляется просить о производствѣ новаго торга. На пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга переходятъ долги, записанные въ крѣпостную книгу до внесенія въ нее упомянутой охранительной отмѣтки. «Но отвѣтственность сія, вмѣстѣ съ суммою долговъ, подлежащихъ уплатѣ изъ вырученныхъ при продажѣ денегъ, ни въ какомъ случаѣ не можетъ превышать цѣну имущества, состоявшуюся на публичномъ торгѣ». Послѣдняя оговорка въ ст. 41 сдѣлана на тотъ случай, когда имущество продано съ вторичнаго торга и притомъ ниже оцѣнки, ибо въ этомъ только случаѣ сумма долговъ, лежащихъ на имуществѣ, можетъ превышать покупную цѣну онаго. Здѣсь ярко выступаетъ вся сила старшинства: на пріобрѣтателя имущества переходятъ или получаютъ удовлетвореніе лишь тѣ долги, которые записаны въ книгу ранѣе охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія и *сумма которыхъ не превышаетъ покупной цѣны*; остальные же долги и взысканія, записанные послѣ, остаются безъ всякаго удовлетворенія. Изъ сказаннаго также видно, что всѣ обезпеченные имуществомъ долги и взысканія удовлетворяются *сполна*, а при недостаточности денегъ покрываются сполна только тѣ изъ долговъ и взысканій, которые записаны въ крѣпостную книгу ранѣе. Такимъ образомъ институтъ распредѣленія денегъ по соразмѣрности между кредиторами (ст. 1214—1222 уст. гражд. суд.) къ требованіямъ и взысканіямъ, записаннымъ въ крѣпостную книгу, не примѣняется [1]).

Съ этимъ находится въ связи установляемый «главными основаніями» *принципъ специальности*, заключающійся въ томъ, что въ вотчинной книгѣ должно быть точно указано имѣніе, къ которому относятся записанныя права и обезпеченія съ опредѣленіемъ размѣра послѣднихъ. Въ силу начала специальности, по долговому обязательству, обезпеченному на недвижимомъ имуществѣ, должникъ отвѣтствуетъ лишь тѣмъ самымъ имуществомъ, въ крѣпостную книгу котораго обязательство это записано (ст. 20). Исключеніе изъ этого

[1]) Ср. ст. 148—153, 191, 194 проекта полож. о порядкѣ взысканій съ недвижимыхъ имѣній.

правила допускается въ томъ лишь случаѣ, когда между должникомъ и заимодавцемъ состоялось соглашеніе объ отвѣтственности перваго всѣмъ его состояніемъ, до полнаго удовлетворенія долга; но такое соглашеніе не можетъ нарушать правъ третьихъ лицъ, которыя укрѣплены надлежащимъ порядкомъ на другомъ недвижимомъ имуществѣ должника (ibid). Законъ говоритъ только о долговыхъ обязательствахъ, умалчивая о договорахъ, обезпеченныхъ недвижимымъ имуществомъ (напр., договоры подряда и поставки). Мнѣ кажется, что, по общему смыслу «главныхъ основаній», принципъ спеціальности долженъ распространяться на всякія договорныя обезпеченія. При заключеніи договоровъ и обязательствъ обезпеченіе ихъ зависитъ отъ воли сторонъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ; отъ нихъ зависитъ также согласиться объ отвѣтственности контрагента всѣмъ его состояніемъ. Если же такое соглашеніе между ними не состоялось, то тѣмъ самымъ они считали достаточнымъ обезпеченіемъ данное имущество. Поэтому оно только и должно отвѣчать за исполненіе договора или обязательства. Слѣдовательно, они остаются безъ всякаго удовлетворенія, если вся стоимость имущества поглощается старѣйшими правами и долгами.

V.

«Главныя основанія» разрѣшаютъ вопросъ, нерѣдко порождающій въ нашей судебной практикѣ иски и споры. Это вопросъ объ отношеніи договора найма или отдачи въ содержаніе недвижимаго имущества, заключеннаго прежнимъ собственникомъ, къ новому пріобрѣтателю имущества. Извѣстно, какъ часто возникаютъ процессы о недѣйствительности означенныхъ договоровъ и необязательности ихъ для новаго собственника. Должники прибѣгаютъ нерѣдко къ фиктивнымъ сдѣлкамъ о недвижимомъ имуществѣ, обезцѣниваютъ его, прикрываясь формальностью сдѣлки и дѣйствующимъ закономъ. Суды нерѣдко вынуждены бываютъ признать договоръ найма дѣйствительнымъ, не находя для его уничтоженія прочной опоры въ нашемъ законодательствѣ, хотя въ сущности сдѣлка имѣетъ цѣлью вредить интересамъ новаго пріобрѣтателя или кредиторовъ. Доказать же фиктивность сдѣлки или обезцѣненіе имѣнія представляется въ большинствѣ случаевъ весьма затруднительнымъ. Понятно, какъ гибельно отзывается такое положеніе вещей на общественномъ кредитѣ. По «главнымъ основаніямъ» договоры о наймѣ или отдачѣ въ содержа-

ніе недвижимаго имущества не подлежатъ обязательному укрѣпленію, но въ случаѣ внесенія ихъ въ крѣпостную книгу они пріобрѣтаютъ силу въ отношеніи лицъ, права которыхъ записаны въ нее позднѣе такого укрѣпленія (ст. 11). Этимъ отмѣняется дѣйствіе ст. 1703, X т., 1 ч., установляющей обязательное укрѣпленіе подъ опасеніемъ недѣйствительности договоровъ объ отдачѣ въ аренду и содержаніе недвижимаго имущества, если эти договоры заключены съ полученіемъ или назначеніемъ къ полученію арендныхъ денегъ впередъ болѣе чѣмъ за годъ. По «главнымъ основаніямъ», такое укрѣпленіе необязательно. Но не записанные въ крѣпостную книгу договоры обязательны только для заключившаго ихъ собственника имущества и не могутъ стѣснять права новаго собственника и необязательны ни для него, ни для другихъ лицъ, имѣющихъ какое-либо право на имущество. Лишь тѣ арендные договоры обязательны, которые записаны въ крѣпостную книгу и притомъ ранѣе укрѣпленія права собственности за новымъ пріобрѣтателемъ (ст. 7 и 11). Для пріобрѣтателя же имущества съ публичнаго торга обязательны лишь тѣ договоры о наймѣ имущества, которые записаны въ крѣпостную книгу прежде внесенія въ нее охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на это имущество, но договоры найма, записанные послѣ сей отмѣтки, для него необязательны (ст. 38). Въ этомъ отношеніи новый законъ, т. е. «главныя основанія», ставитъ покупщика имѣнія съ публичнаго торга въ болѣе выгодное положеніе, нежели то, въ которое ставитъ его ст. 1100 уст. гражд. суд. По этой статьѣ договоры по имѣнію, заключенные отвѣтчикомъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, могутъ быть уничтожены судомъ по просьбѣ взыскателя, а въ случаѣ публичной продажи имѣнія по просьбѣ покупщика, если эти договоры клонятся ко вреду того или другого. Слѣдовательно, договоры найма, заключенные послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, въ какой бы то ни было формѣ, сами по себѣ дѣйствительны и обязательны для взыскателя или покупщика съ публичнаго торга, несмотря на то, что вмѣстѣ съ посылкою должнику повѣстки объ исполненіи на имѣніе налагается запрещеніе (ст. 1096 уст. гр. суд.). Эти договоры могутъ быть уничтожены только судомъ, но для этого взыскатель или покупщикъ долженъ предъявить въ судъ искъ и доказать, что договоры клонятся къ его вреду, что на практикѣ бываетъ нелегко. По предполагаемому же порядку укрѣпленія правъ, какъ видно изъ смысла 38 ст., такіе договоры сами по себѣ недѣйствительны; это вытекаетъ изъ основного принципа ипотечной системы, въ силу котораго право, обезпеченное имуществомъ посредствомъ

охранительной отмѣтки, пользуется преимуществомъ передъ правами и ограниченіями, записанными въ книгу послѣ той отмѣтки, каковыя права и ограниченія признаются недѣйствительными, если препятствуютъ полному удовлетворенію взыскателя, имѣющаго передъ ними преимущество (12 и 13 ст.). Итакъ, при переходѣ имущества къ новому собственнику посредствомъ *добровольнаго* отчужденія для него обязательны лишь тѣ арендные договоры, которые записаны въ крѣпостную книгу и притомъ ранѣе укрѣпленія права собственности за пріобрѣтателемъ; при понудительномъ же отчужденіи (публичная продажа) для покупщика обязательны лишь тѣ договоры найма, которые записаны въ книгу и притомъ ранѣе внесенія въ нее охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на имущество [1]).

VI.

Въ «главныхъ основаніяхъ» мы встрѣчаемъ весьма важное для гражданскаго оборота нововведеніе, отъ котораго можно ожидать несомнѣнной пользы для нашего экономическаго быта. Я говорю о передачѣ установленныхъ на недвижимомъ имуществѣ обезпеченій договоровъ и обязательствъ. По ст. 21 и 22 «главныхъ основаній» установленныя на имуществѣ обезпеченія договоровъ и обязательствъ могутъ быть передаваемы какъ въ полномъ своемъ составѣ, такъ и по частямъ. Для этой передачи согласіе должника необходимо только тогда, когда объ этомъ постановлено особое въ договорѣ или обязательствѣ условіе.

Сдѣлки о передачѣ означенныхъ обезпеченій свидѣтельствуются нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ, при чемъ записка такихъ сдѣлокъ въ крѣпостную книгу зависитъ отъ желанія участвующихъ въ оныхъ лицъ. Нотаріусы о каждой засвидѣтельствованной ими сдѣлкѣ этого рода увѣдомляютъ безотлагательно подлежащее крѣпостное установленіе (ст. 22). По гражданскимъ нашимъ законамъ, долговыя обязательства, обезпеченныя залогомъ недвижимаго или закладомъ движимаго имущества, не могутъ быть передаваемы по «надписямъ» (ст. 1653 и 1678, X т., 1 ч.). Въ юридической литературѣ и судебной практикѣ этотъ запретительный законъ подвергался критикѣ и различнымъ толкованіямъ, но, насколько мнѣ извѣстно, въ средѣ нашихъ юристовъ-практиковъ твердо установился взглядъ, что закладныя не могутъ быть передаваемы безусловно. Доходятъ до того, что отрицаютъ право кредитора по за-

---

1) См. ниже „Новѣйшій проектъ вотчиннаго устава“.

кладной передать другому лицу и самое долговое обязательство, обезпеченное залогомъ (хотя бы и безъ передачи залоговаго права), такъ что обезпеченная претензія пользуется худшимъ положеніемъ, нежели простое долговое обязательство, которое можетъ быть уступаемо и учитываемо. Кассаціонный судъ требуетъ для передачи права по закладной крѣпости совершенія новаго закладного акта; но и такая передача дѣйствительна лишь въ томъ случаѣ, если изъ послѣдующихъ дѣйствій залогодателя можно заключить о согласіи на такую передачу (кас. рѣш. 1870 г.—№ 678, 1873 г.—№ 1668, 1880 г.—№ 143). Понятно, какое парализующее вліяніе подобное истолкованіе закона имѣетъ на передвиженіе цѣнностей и на общественный нашъ кредитъ. Кредиторъ, имѣющій въ своихъ рукахъ закладную крѣпость, не можетъ реализовать ее иначе, какъ только полученіемъ платежа отъ самого должника, по истеченіи срока закладной, или обращеніемъ взысканія на заложенное имущество. А между тѣмъ учетъ составляетъ одинъ изъ могущественныхъ факторовъ кредита, и закладная представляетъ для учета гораздо больше гарантіи, чѣмъ простое обязательство. Новый законъ категорически допускаетъ передачу обезпеченій договоровъ и обязательствъ, слѣдовательно, и закладныхъ, безъ согласія должника; это согласіе требуется только тогда, когда объ этомъ особо постановлено въ договорѣ или обязательствѣ. Законъ этотъ имѣетъ въ виду главный типъ обязательствъ, а именно денежныхъ. Это видно изъ статей 23 и 24 «главныхъ основаній», находящихся въ органической связи съ разсматриваемыми ст. 21 и 22 и говорящихъ о *платежѣ долга по обязательству*. Однако по смыслу этихъ послѣднихъ статей всякіе имущественные договоры, обезпеченные недвижимымъ имуществомъ, могутъ быть передаваемы и безъ согласія обязавшагося лица, если въ договорѣ не постановлено противное. По общему правилу, къ цессіонарію переходятъ права въ томъ же объемѣ, въ которомъ они принадлежали ценденту; слѣдовательно, съ передачею закладной переходитъ и право старшинства, такъ что право новаго залогодержателя считается укрѣпленнымъ на недвижимомъ имуществѣ не съ того времени, когда послѣдовала передача, а со времени записки обезпеченія въ крѣпостную книгу на имя перваго залогодержателя (ст. 24). Такой выводъ оправдывается общимъ смысломъ «главныхъ основаній». Старшинство укрѣпленныхъ на недвижимомъ имуществѣ обезпеченій опредѣляется временемъ записки ихъ въ крѣпостную книгу (ст. 6). Записанное въ книгу обезпеченіе сохраняетъ въ отношеніи къ недвижимому имуществу свою силу, доколѣ въ крѣпостной книгѣ не будетъ сдѣ-

лана надлежащая отмѣтка объ уничтоженіи обезпеченія (ст. 2). Такъ какъ съ передачею закладной измѣняется только лицо залогодержателя, самое же залоговое право не измѣняется въ своемъ содержаніи и не возобновляется, то оно должно сохранить свою прежнюю силу и по отношенію къ новому залогодержателю. Вслѣдствіе этого сей послѣдній пользуется преимущественнымъ удовлетвореніемъ предъ залогодержателями, права которыхъ записаны въ крѣпостную книгу *позднѣе* закладной, впослѣдствіи переданной, хотя бы и *прежде* передачи оной (ст. 12). Приведенная ст. 21 разрѣшаетъ передавать обезпеченія, какъ въ полномъ своемъ составѣ, такъ и по частямъ. Такимъ образомъ данное обезпеченіе, напр., закладная на 10 т. р., можетъ быть передана различнымъ лицамъ, каждому въ извѣстной части, и всѣ они пользуются *одинаковымъ* правомъ старшинства по времени записки закладной въ крѣпостную книгу, хотя передача частей послѣдовала гораздо позже записки обезпеченія и въ разное время. Это право частичной передачи обезпеченія несомнѣнно облегчитъ движеніе кредита, ибо съ одной стороны залогодержатель можетъ реализовать обязательство постепенно по мѣрѣ надобности, съ другой стороны передача всей закладной въ однѣ руки можетъ представляться затруднительною, когда она выдана на большую сумму; дробленіе же ея на части значительно облегчаетъ обращеніе ея въ наличныя деньги. Ст. 22 намѣчаетъ порядокъ передачи обезпеченій; сдѣлки о передачѣ свидѣтельствуются (но не совершаются) нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ. Записка же такихъ сдѣлокъ въ крѣпостную книгу зависитъ отъ желанія участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ. Слѣдовательно, обязательства, обезпеченныя недвижимымъ имуществомъ, могутъ быть передаваемы и безъ записки этой передачи въ крѣпостную книгу, такъ что въ ней обезпеченіе останется записаннымъ на имя цедента. Отсюда видно, что вся суть въ самомъ обезпеченіи и во времени его укрѣпленія (т. е. записки въ крѣпостную книгу), а не въ лицѣ, на имя котораго обезпеченіе записано. Тѣмъ не менѣе въ крѣпостномъ установленіи будутъ сосредоточены свѣдѣнія о передачѣ обезпеченій, такъ какъ нотаріусы немедленно послѣ засвидѣтельствованія сдѣлки о передачѣ увѣдомляютъ о томъ крѣпостное установленіе (ст. 22). Такимъ образомъ должникъ-собственникъ, желающій исполнить обязательство, всегда можетъ съ полною для себя безопасностью узнать въ крѣпостномъ установленіи о происшедшей передачѣ обязательства [1]).

---

[1]) Ср. проектъ вотч. устава, ст. 83—87.

Ст. 23 «главныхъ основаній» установляетъ и для должника право передачи обезпеченія. По этой статьѣ, собственникъ недвижимаго имущества, уплатившій сполна долгъ по обязательству, записанному въ крѣпостную книгу, имѣетъ право, не уничтожая сдѣланнаго въ обезпеченіе обязательства укрѣпленія, передать сіе обезпеченіе другому лицу. Ипотека по самой природѣ своей неразрывно связана съ недвижимымъ имуществомъ, и эта связь продолжается до тѣхъ поръ, пока въ крѣпостной книгѣ не будетъ сдѣлана отмѣтка объ уничтоженіи ипотеки (ст. 2). Поэтому перемѣна лицъ, въ пользу которыхъ ипотека установлена, даже прекращеніе обезпеченнаго обязательства, сами по себѣ не имѣютъ вліянія на ипотеку, доколѣ она не уничтожена. Уплата долга по закладной прекращаетъ, по дѣйствующимъ законамъ, ео ipso залоговое право; заложенное имущество считается свободнымъ, и новое залоговое право можетъ быть установлено не иначе, какъ совершеніемъ новаго закладного акта (ст. 1650). По новому же закону, залоговое право или обезпеченіе можетъ существовать и послѣ прекращенія обязательства, обезпеченнаго залогомъ. Отъ собственника недвижимаго имущества зависитъ, уплативъ долгъ, не уничтожать обезпеченія и передать его другому лицу. Это другое лицо должно пользоваться старшинствомъ обезпеченія, по времени записки его въ крѣпостную книгу, а не по времени передачи, такъ какъ ею не установляется новое обезпеченіе, а только продолжается прежнее. Независимость установленнаго на имуществѣ обезпеченія отъ обезпечиваемаго обязательства ярче выступаетъ въ ст. 25 «главныхъ основаній». По этой статьѣ, собственнику имущества предоставляется записывать въ крѣпостную книгу обезпеченія обязательствъ на свое имя. Объ установленіи такого обезпеченія собственнику выдается изъ крѣпостного установленія свидѣтельство, которое можетъ быть передаваемо отъ одного лица другому на основаніяхъ, указанныхъ въ ст. 21 и 22. Слѣдовательно, пока означенное свидѣтельство не передано и находится въ рукахъ собственника имущества,— существуетъ обезпеченіе, хотя нѣтъ самаго обязательства, которое подлежало бы обезпеченію. Реальное значеніе такое обезпеченіе получаетъ лишь тогда, когда свидѣтельство передано другому лицу: съ этого момента устанавливается вещное право посторонняго лица на недвижимое имущество, каковое право можетъ быть реализировано въ порядкѣ старшинства. Но пока обезпеченіе не передано другому лицу, оно не можетъ стѣснить и уменьшить права другихъ лицъ, записанныя въ крѣпостную книгу позднѣе, такъ что въ случаѣ продажи имущества съ публичнаго торга обезпеченіе на

имя собственника не принимается въ разсчетъ, какъ бы его и не было, и, по смыслу 39 и 41 ст., получаютъ удовлетвореніе въ порядкѣ старшинства дѣйствительные долги, записанные въ крѣпостной книгѣ до внесенія въ нее охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на имущество. Для того, чтобы обезпеченіе на имя собственника имущества получило юридическую силу и значеніе въ отношеніи къ правамъ, слѣдующимъ въ порядкѣ старшинства послѣ сего обезпеченія, необходимо, чтобы передача его другому лицу послѣдовала прежде внесенія въ крѣпостную книгу упомянутой охранительной отмѣтки (ст. 26). Это послѣднее правило установлено въ огражденіе какъ правъ, записанныхъ въ крѣпостную книгу позднѣе обезпеченія на имя собственника, такъ и правъ взыскателя, обратившаго взысканіе на имущество. Этимъ законъ предупреждаетъ, насколько возможно, сдѣлки должника съ постороннимъ лицомъ во вредъ другимъ кредиторамъ. Замѣчу, что такое же правило слѣдовало бы установить и для передачи обезпеченія собственникомъ имущества, уплатившимъ сполна долгъ по обязательству, записанному въ крѣпостную книгу (ст. 23). И въ этомъ случаѣ слѣдовало бы, въ огражденіе интересовъ третьихъ лицъ, ограничить право передачи временемъ, предшествующимъ внесенію въ книгу охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на имущество.—Передача свидѣтельства объ обезпеченіи совершается такимъ же порядкомъ, какъ передача обезпеченій кредиторомъ, т. е. она свидѣтельствуется нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ (ст. 21 и 22). «Главныя основанія» не указываютъ порядка передачи обезпеченія собственникомъ имушества послѣ уплаты долга (ст. 23). Но, по моему мнѣнію, и въ этомъ случаѣ сдѣлка о передачѣ можетъ быть свидѣтельствуема нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ.—Изложенное показываетъ, что установленныя на имуществѣ обезпеченія могутъ быть передаваемы, какъ кредиторомъ, такъ и собственникомъ недвижимаго имущества, безъ различія, состоялъ ли онъ чьимъ либо должникомъ или нѣтъ. Такъ какъ обезпеченія вносятся въ крѣпостную книгу не иначе, какъ съ точнымъ означеніемъ обезпечиваемой суммы (ст. 17), то и лицо, коему обезпеченіе передано, пріобрѣтаетъ право только въ предѣлахъ обезпечиваемой суммы. Въ случаѣ передачи обезпеченія со стороны кредитора, право на обезпеченную сумму переходитъ и по частямъ (ст. 21). Относительно же должника или собственника имущества, законъ, повидимому, допускаетъ передачу обезпеченія не иначе, какъ въ полномъ составѣ; это вытекаетъ изъ смысла приведенныхъ ст. 23, 25 и 26, по которымъ передача обезпеченія обу-

словливается уплатою *сполна* долга по обязательству или уступкою *свидѣтельства* объ установленномъ обезпеченіи. Мнѣ неизвѣстны мотивы, почему собственникъ имущества, въ отличіе отъ кредитора, не можетъ передавать обезпеченія, слѣдовательно и право на обезпеченную сумму *по частямъ*, а между тѣмъ частичная уступка правъ представляетъ несомнѣнныя удобства для поземельнаго кредита.— Право цессіонарія на переданное ему собственникомъ обезпеченіе считается возникшимъ съ того времени, когда обезпеченіе внесено въ крѣпостную книгу, а не со времени заключенія сдѣлки о передачѣ; записка же этой сдѣлки въ крѣпостную книгу необязательна, это зависитъ отъ желанія участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ [1]).

Къ передачѣ правъ на недвижимое имущество относится также передача свидѣтельства о закрытіи крѣпостной книги. Закрытіе крѣпостной книги состоитъ въ томъ, что собственникъ имущества отказывается отъ права отчуждать имущество, обременять его долгами и установлять на немъ ограниченія права собственности. О такомъ закрытіи книги собственнику выдается изъ крѣпостнаго установленія свидѣтельство (ст. 35). Это свидѣтельство можетъ быть передано собственникомъ тому лицу, въ пользу котораго установляется право собственности на имущество, ограниченіе этого права, или же обезпеченіе на имущество. По представленіи сего свидѣтельства въ крѣпостное установленіе, означенныя право. ограниченіе или обезпеченіе укрѣпляются за пріобрѣтателемъ, безъ особаго о томъ заявленія со стороны собственника (ст. 36). Такимъ образомъ съ полученіемъ свидѣтельства о закрытіи книги собственникъ имущества можетъ отчуждать его, установлять на немъ ограниченія и обезпеченія посредствомъ передачи свидѣтельства. Но одинъ фактъ передачи, самъ по себѣ, не устанавливаетъ для лица, коему свидѣтельство передано, правъ на имущество; они укрѣпляются за пріобрѣтателемъ лишь тогда, когда свидѣтельство было представлено въ крѣпостное установленіе для записки въ крѣпостную книгу. Въ этомъ отношеніи передача свидѣтельства о закрытіи книги отличается отъ вышеизложенной передачи обезпеченій. Для дѣйствительности этой послѣдней требуется только, какъ мы видѣли, чтобы сдѣлки о передачѣ свидѣтельствовались нотаріусомъ или крѣпостнымъ установленіемъ, записка же этихъ сдѣлокъ въ крѣпостную книгу зависитъ отъ желанія участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ. Права же по переданному свидѣтель-

---

[1]) Ср. ст. 64 проекта вотчин. устава и объясненія подъ этою статьею. Т. I, стр. 365—371.



ству о закрытіи книги должны быть укрѣплены за пріобрѣтателемъ посредствомъ записки ихъ въ крѣпостную книгу; моментомъ записки опредѣляется и старшинство пріобрѣтенныхъ правъ по отношенію къ правамъ, записаннымъ раньше или позднѣе. Закрытіе крѣпостной книги не исключаетъ возможности обремененія имущества обезпеченіями и охранительными отмѣтками, по иниціативѣ общественной власти, вслѣдствіе предъявленныхъ къ собственнику имущества исковъ, взысканій и требованій. Эти обезпеченія и охранительныя отмѣтки сохраняютъ свою силу въ отношеніи лица, которому имущество отчуждено посредствомъ передачи свидѣтельства о закрытіи книги, и для него обязательны, если только они внесены въ крѣпостную книгу ранѣе укрѣпленія (записки) права собственности за новымъ пріобрѣтателемъ. Поэтому въ интересахъ пріобрѣтателя будетъ представить свидѣтельство о закрытіи книги крѣпостному установленію тотчасъ послѣ передачи для записки въ книгу; въ противномъ случаѣ между временемъ передачи и запиской права на имущество могутъ быть установлены понудительныя обезпеченія и охранительныя отмѣтки, которыя будутъ обязательны для пріобрѣтателя. Если прежде укрѣпленія права за новымъ пріобрѣтателемъ была записана въ крѣпостную книгу охранительная отмѣтка объ обращеніи взысканія на имущество, то права лица, которому передано свидѣтельство о закрытіи книги, не имѣютъ силы въ отношеніи лица, пріобрѣвшаго имущество съ публичнаго торга. Такое положеніе вытекаетъ изъ смысла ст. 38, по которой мѣстомъ упомянутой охранительной отмѣтки опредѣляется старшинство для будущаго пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга и поэтому для него необязательны установленныя собственникомъ послѣ отмѣтки ограниченія права собственности, обезпеченія договоровъ и обязательствъ.

VII.

Говоря о юридическомъ положеніи недвижимаго имущества въ періодѣ между первоначальною запискою его въ крѣпостную книгу и утвержденіемъ сей послѣдней, я коснулся значенія ст. 14 «Главныхъ основаній». Въ виду важности выраженнаго въ этой и слѣдующихъ статьяхъ начала, остановлюсь на нихъ нѣсколько подробнѣе. Въ судебной практикѣ нерѣдко возникаютъ иски и споры о недѣйствительности актовъ о передачѣ или ограниченіи права собственности на недвижимое имущество. Эти иски предъявляются третьими

лицами, доказывающими свое лучшее и преимущественное право собственности, послѣ того, какъ самое имущество уже перешло въ другія или третьи руки. Если искъ доказанъ и право собственности истца судомъ признано, то какое это имѣетъ воздѣйствіе на совершившіяся прежде сдѣлки объ отчужденіи или ограниченіи правъ собственности или объ обезпеченіяхъ на этомъ имуществѣ? Гражданскіе наши законы не даютъ прямаго отвѣта на этотъ вопросъ. Есть, правда, нѣкоторыя отрывочныя и казуистическія указанія по этому предмету, но мы не видимъ въ нихъ опредѣленнаго, руководящаго принципа, который уяснилъ бы намъ взглядъ нашего законодательства по упомянутому вопросу. Такъ, по ст. 1301 X т., I ч., если имущество будетъ продано или заложено наслѣдниками по закону до открытія спора, то продажа и залогъ, какъ учиненные на имѣніе свободное и безспорное, дѣйствительны даже въ томъ случаѣ, когда домашнее завѣщаніе будетъ признано и утверждено законнымъ порядкомъ. По смыслу этой и предъидущей ст. 1300, одной явки домашняго духовнаго завѣщанія, безъ предъявленія наслѣдникомъ по завѣщанію спора противъ правъ наслѣдника по закону, недостаточно для признанія ничтожнымъ акта на наслѣдственное имѣніе, выданнаго наслѣдникомъ по закону. Ничтожными признаются лишь тѣ акты, которые совершены наслѣдникомъ по закону послѣ предъявленія ему въ установленномъ порядкѣ иска наслѣдника по завѣщанію о томъ же имѣніи (касс. рѣш. № 458—1876 г.). Кассаціонная практика распространяетъ это положеніе, по аналогіи, на продажу имѣнія, учиненную наслѣдниками по завѣщанію или душеприкащиками въ то время, когда утвержденное завѣщаніе не было ни уничтожено, ни оспорено. Такая продажа дѣйствительна и не уничтожается, хотя бы впослѣдствіи состоялось судебное рѣшеніе, коимъ утверждены права наслѣдника по закону на это же имѣніе, а самое имѣніе признано родовымъ и завѣщаніе недѣйствительнымъ (касс. рѣш., №№ 46—1876 г.; 31, 32, 113—1879 г.; 101 — 1880 г.). Нужно, слѣдовательно, чтобы *во время* отчужденія или ограниченія права на имущество, тотъ, кто отчуждаетъ или ограничиваетъ право, имѣлъ право-основаніе или юридическій титулъ (хотя бы только формальный) на имущество; позднѣйшее же уничтоженіе этого титула не имѣетъ обратнаго дѣйствія на юридическую сдѣлку, и она не уничтожается. Положимъ, что наслѣдникъ по закону зналъ во время продажи и залога о существованіи завѣщанія, или наслѣдникъ по завѣщанію зналъ, что послѣднее незаконно вслѣдствіе родового свойства имущества. По смыслу приведенныхъ ст. 1300 и 1301, для признанія сдѣлки недѣйствительною нужно, чтобы во

время продажи и залога былъ *споръ*, *предъявленный установленнымъ порядкомъ* противъ завѣщанія или противъ правъ наслѣдника по закону. По статьямъ же 529 и 530 X т. I ч., законъ придаетъ особенное значеніе тому обстоятельству, была-ли владѣльцу достовѣрно извѣстна неправость его владѣнія, *независимо отъ предъявленія формальнаго спора* противъ этого владѣнія. Если, слѣдовательно, продажа и залогъ совершены mala fide со стороны продавца или залогодателя, то актъ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ. Во всякомъ случаѣ, изъ казуистическаго изложенія ст. 1300 и 1301 нельзя вывести общаго положенія, по коему можно было бы безошибочно разрѣшать цѣлый рядъ возникающихъ на практикѣ случаевъ о недѣйствительности актовъ объ отчужденіи или ограниченіи права собственности на имущество, на которое третье лицо доказало свое право собственности. «Главныя основанія» разрѣшаютъ поставленный выше вопросъ принципіально. По ст. 14, сдѣлки объ отчужденіи или ограниченіи права собственности на недвижимое имущество, заключенныя съ лицомъ, за которымъ право на него значилось по крѣпостной книгѣ безспорно, равно какъ установленныя на имуществѣ такого лица обезпеченія и внесенныя въ крѣпостную книгу охранительныя отмѣтки, сохраняютъ свою силу, хотя бы впослѣдствіи право сего лица было уничтожено рѣшеніемъ суда. Это правило не распространяется на тотъ случай, когда рѣшеніемъ суда будетъ признано, что пріобрѣтателю права на имущество или лицу, въ пользу котораго установлено ограниченіе или обезпеченіе, было извѣстно о незаконности укрѣпленія собственности за лицомъ, которымъ оно отчуждено или ограничено, или же установлено на немъ обезпеченіе (ст. 15). По существу ипотечной системы, дѣйствительнымъ собственникомъ считается тотъ, за кѣмъ имущество записано въ крѣпостной книгѣ. Такое укрѣпленіе права сохраняетъ свою силу, доколѣ въ крѣпостной книгѣ не будетъ сдѣлана надлежащая отмѣтка объ уничтоженіи укрѣпленія (ст. 1 и 2). Основанія права собственности на недвижимое имущество могутъ быть самыя разнообразныя. Мы уже указывали выше на то, что въ случаѣ вещнаго иска о правѣ собственности на записанное въ крѣпостную книгу имущество, обезпеченіе этого иска производится посредствомъ внесенія во вторую часть крѣпостной книги охранительной отмѣтки (ст. 29). Такая отмѣтка не стѣсняетъ собственника въ правѣ отчуждать имущество, установлять на немъ ограниченія права собственности и обезпечивать имуществомъ договоры, обязательства, иски, взысканія и начеты (ст. 59). Это составляетъ одну изъ характеристическихъ чертъ, отличающихъ предполагаемый порядокъ укрѣп-

ленія правъ отъ нынѣ существующаго, такъ какъ по дѣйствующему закону (какъ общее правило) продавать и отдавать въ залогъ можно только имущество свободное (ст. 1388 и 1630 X т. I ч.). По смыслу приведенной 14 ст. «Главныхъ основаній», если право собственности лица на недвижимое имущество значится въ крѣпостной книгѣ безспорнымъ, т. е., если нѣтъ охранительной отмѣтки, обезпечивающей искъ посторонняго лица о правѣ собственности на то же имущество,— то сдѣлки объ отчужденіи этого имущества, объ установляемыхъ на немъ ограниченіяхъ и обезпеченіяхъ дѣйствительны и не уничтожаются, хотя бы *послѣ заключенія сдѣлки* состоялось рѣшеніе суда о правѣ собственности третьяго лица на то же имущество и объ уничтоженіи права лица, за коимъ оно значилось по крѣпостной книгѣ Отсюда слѣдуетъ, что хотя бы во время заключенія сдѣлки продавцу или залогодателю было извѣстно о предъявленномъ спорѣ, напр., ему сообщена копія съ исковаго прошенія третьяго лица о его правѣ на имущество, сдѣлка должна считаться дѣйствительною. Если же въ моментъ заключенія сдѣлки *уже состоялось рѣшеніе суда*, коимъ право собственности на имущество признано за истцомъ—третьимъ лицомъ, то сдѣлка недѣйствительна и имущество возращается натурою истцу. Такимъ образомъ рѣшеніе суда, уже существовавшее во время заключенія сдѣлки, парализуетъ дѣйствительность этой послѣдней. По моему мнѣнію, законъ разумѣетъ рѣшеніе, вступившее въ законную силу, такъ какъ только такое рѣшеніе окончательно уничтожаетъ право прежняго собственника на имущество. Представимъ себѣ, что окружнымъ судомъ постановлено рѣшеніе о правѣ собственности истца на имущество; въ крѣпостной книгѣ охранительной отмѣтки объ этомъ правѣ нѣтъ, слѣдовательно имѣніе значится безспорнымъ. До вступленія рѣшенія въ законную силу (т. е. въ теченіе 4-хъ мѣсячнаго срока со дня объявленія рѣшенія) лицо, за коимъ имущество записано, продало его другому лицу. По смыслу ст. 14, такая продажа должна почитаться дѣйствительною, ибо во время отчужденія право продавца еще не было уничтожено окончательно. Разсматриваемая статья не касается вопроса о добросовѣстности лица, отчуждающаго имущество, и требуетъ для дѣйствительности сдѣлки только безспорности права по крѣпостной книгѣ. Законъ предполагаетъ, что лицо, считающее, что оно имѣетъ лучшее право на имущество, будетъ ограждать это свое право предъявленіемъ иска и обезпеченіемъ его посредствомъ охранительной отмѣтки, такъ что въ большинствѣ случаевъ недобросовѣстныхъ отчужденій не будетъ. Но если продажа учинена въ то время, когда уже суще-

ствовало вступившее въ законную силу рѣшеніе судебнаго мѣста о правѣ другаго лица на это же имущество, продажа признается недѣйствительною, хотя бы не была внесена въ крѣпостную книгу охранительная отмѣтка.

Въ ст. 15 предусматривается случай, когда и при отсутствіи охранительной отмѣтки (о вещномъ правѣ) и рѣшенія суда, коимъ уничтожено право лица на имущество, — сдѣлки, заключенныя съ этимъ лицомъ объ отчужденіи или объ ограниченіи права собственности на недвижимое имущество, а также установленныя на имуществѣ обезпеченія и охранительныя отмѣтки признаются не-дѣйствительными. А именно, когда пріобрѣтатель права на имущество или лицо, въ пользу котораго установлено ограниченіе или обезпеченіе, знало о незаконности укрѣпленія права собственности за лицомъ, которымъ оно отчуждено или ограничено или же установлено на немъ обезпеченіе. Это обстоятельство должно быть установлено рѣшеніемъ суда. Здѣсь такимъ образомъ выдвигается впередъ нравственно-субъективный элементъ юридической сдѣлки: жизненность и дальнѣйшее существованіе ея зависитъ отъ добросовѣстности или недобросовѣстности лица. пріобрѣтающаго какое-либо право на имущество. Но недобросовѣстность пріобрѣтателя во время заключенія сдѣлки не предполагается, она должна быть доказана путемъ иска третьяго лица о своемъ правѣ собственности на имущество и признана рѣшеніемъ суда, вступившимъ въ законную силу, и только тогда сдѣлка уничтожается. Недобросовѣстность лица, отчуждающаго имущество или устанавливающаго на немъ ограниченія и обезпеченія, не влечетъ за собой недѣйствительности сдѣлки, хотя бы рѣшеніемъ суда было признано, что этому лицу было извѣстно о незаконности своего права. Такое положеніе вытекаетъ изъ смысла ст. 15, предусматривающей mala fides лица, пріобрѣтающаго, а не уступающаго права на имущество. Конечно, въ наибольшемъ числѣ случаевъ лицо, за которымъ имущество записано въ крѣпостной книгѣ и значится безспорнымъ, увѣрено въ законности своего права и считаетъ себя дѣйствительнымъ собственникомъ имущества. Эта увѣренность устраняется только окончательнымъ рѣшеніемъ суда о признаніи истца собственникомъ имущества. Но во всякомъ случаѣ лицо, коему присуждено имѣніе, вправѣ требовать вознагражденія за убытки съ того, кто, не будучи дѣйствительнымъ собственникомъ, переуступилъ имѣніе или установилъ въ немъ вотчинныя права (см. ст. 15 пр. вотч. уст.).

VIII.

На основаніи ст. 42 «Главныхъ основаній» торгъ не подлежитъ уничтоженію, если поводъ къ признанію его недѣйствительнымъ (уст. граж. суд. ст. 1180) обнаружится послѣ укрѣпленія имущества за пріобрѣтателемъ (ст. 1). Это правило находится въ тѣсной связи съ разсмотрѣнною ст. 14 «Главныхъ основаній». Какъ тамъ, такъ и здѣсь сказывается стремленіе закона сдѣлать непоколебимыми укрѣпленныя уже права на имущество. Дѣйствующее наше законодательство не опредѣляетъ, до какого именно момента возможно признаніе торга недѣйствительнымъ. Въ настоящее время процессъ пріобрѣтенія недвижимаго имущества съ публичныхъ торговъ слагается изъ нѣсколькихъ моментовъ. Если имущество куплено съ публичнаго торга, то по истеченіи семи дней со дня торга судъ постановляетъ опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ (ет. 1164 уст. гр. суд.). На основаніи такого опредѣленія нотаріусъ совершаетъ на имя покупщика данную, которая затѣмъ отмѣчается въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ у старшаго нотаріуса (ibid. ст. 1165., Полож. о нот. част. ст. 181). По этой данной пріобрѣтатель вводится во владѣніе имуществомъ на основаніи постановленія окружнаго суда; о совершеніи ввода сообщается старшему нотаріусу, который отмѣчаетъ объ этомъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (ст. 1424, 1425 и 1431 уст. гр. суд.) Отмѣченный въ реестрѣ день ввода во владѣніе считается началомъ дѣйствительной передачи и укрѣпленія права на имущество (ibid. ст. 1432). Вся эта длинная и довольно сложная процедура укрѣпленія права, которая несомнѣнно упростится съ введеніемъ у насъ ипотечной системы, не гарантируетъ однако правъ пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга. Ст. 1180 уст. гр. суд. перечисляетъ тѣ случаи, когда торгъ признается недѣйствительнымъ, между прочимъ, когда проданное имѣніе оказалось впослѣдствіи, по суду, непринадлежащимъ должнику (п. 1). Здѣсь ясно обнаруживается неустойчивость взгляда нашего законодательства и отсутствіе въ немъ твердыхъ началъ о силѣ и значеніи юридическихъ актовъ, послѣ совершенія которыхъ оказалось, что право на имущество не принадлежитъ лицу, отъ котораго это право отчуждается. Приведенная статья (п. 1 ст. 1180), относящаяся по своему содержанію не къ процессу, а къ матеріальному гражданскому праву, не согласуется со смысломъ изложенныхъ выше ст. 1300 и 1301 X т. 1 ч. Положимъ, что во время продажи имѣнія съ публичнаго торга

оно считалось принадлежащимъ должнику и дошедшимъ къ нему на основаніи законнаго наслѣдованія такъ, что имѣніе было свободно и безспорно. По окончаніи торга, вслѣдствіе предъявленнаго спора, состоялось рѣшеніе суда, коимъ право на имущество отсуждено другому лицу на основаніи духовнаго завѣщанія, а право должника на имущество уничтожено. Согласно 1 п. ст. 1180 торгъ признается въ этомъ случаѣ недѣйствительнымъ. Но если бы при такихъ же условіяхъ совершена была добровольная продажа, она, на основаніи 1301 ст. X т. I ч., не уничтожается. Слѣдовательно, покупщикъ съ публичнаго торга находится въ худшемъ положеніи, нежели покупщикъ имѣнія по вольной цѣнѣ.

При неуказаніи въ законѣ опредѣленнаго момента, до кототораго торгъ можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ, слѣдуетъ заключить, что это возможно во всякое время, даже послѣ укрѣпленія имущества за покупателемъ, выдачи ему данной и ввода его во владѣніе купленнымъ имуществомъ. Мало того. Намъ извѣстенъ изъ судебной практики случай, гдѣ судъ, признавъ проданное съ публичнаго торга недвижимое имущество принадлежавшимъ не должнику, а другому лицу, уничтожилъ не только торги и данную, но и купчую крѣпость, по которой пріобрѣтатель съ публичнаго торга продалъ имѣніе третьему лицу. Понятно, что такой порядокъ порождаетъ недовѣріе къ публичной продажѣ и публичнымъ актатъ и уменьшаетъ число лицъ, желающихъ пріобрѣсти имѣніе съ публичнаго торга, что́, въ свою очередь, уменьшаетъ покупную цѣну имѣнія; кромѣ того, при существующемъ нынѣ порядкѣ покупщикъ подвергается риску потерять не только пріобрѣтенное съ публичнаго торга имѣніе, но и лишиться заплаченной имъ за имѣніе суммы. Хотя законъ (ст. 1181) предоставляетъ покупщику право взыскать заплаченную имъ сумму съ должника или съ кредиторовъ, получившихъ удовлетвореніе изъ вырученной за имѣніе суммы, но въ большинствѣ случаевъ такое право трудно осуществить. Покупщикъ, лишившись безъ всякой съ его стороны вины купленнаго имъ имущества, долженъ обратится съ искомъ въ судъ и нести всѣ тягости процесса. Если онъ обратитъ свое требованіе о взысканіи заплаченной имъ суммы къ должнику, то весьма вѣроятно, что онъ ничего не получитъ, ибо уже самый фактъ публичной продажи даетъ основаніе къ предположенію о фактической несостоятельности должника. Предъявленіе же иска къ кредиторамъ представляетъ не меньше затрудненій для покупщика: этихъ кредиторовъ можетъ быть очень много; къ каждому изъ нихъ должно быть предъявлено требованіе въ той только части вырученной за имѣ-

ніе суммы, которую онъ получилъ. При успѣшномъ даже исходѣ этихъ взысканій покупщикъ все-таки лишается безвозвратно той части уплаченной имъ суммы, которая была отчислена на покрытіе недоимокъ и издержекъ по производству описи и продажи имѣнія, а равно по совершенію данной (ст. 1162 и 1163 уст. граж. суд.).

Предполагаемая ипотечная система, повидимому, стремится устранить такую шаткость пріобрѣтаемыхъ съ публичнаго торга правъ на имущество и всѣ проистекающія отсюда неудобства. «Главныя основанія» ограничиваютъ дѣйствіе ст. 1180 уст. гр. суд. временемъ, предшествующимъ укрѣпленію имущества за пріобрѣтателемъ (ст. 42).

Укрѣпленіе права собственности на недвижимое имѣніе совершается запискою этого права въ крѣпостную книгу (ст. 1). Изъ смысла приведенной ст. 42 несомнѣнно слѣдуетъ, что коль скоро имущество укрѣплено за пріобрѣтателемъ, т. е. записано въ крѣпостную книгу, право собственности и основаніе его—пріобрѣтеніе съ торговъ—непоколебимы. Законъ исходитъ изъ того положенія, что записка имущества въ крѣпостную книгу покрываетъ собою всѣ неправильности, допущенныя при производствѣ торга (ст. 1181), и дѣлаетъ торгъ не подлежащимъ уничтоженію. При дѣйствіи ипотечной системы дѣйствительнымъ собственникомъ будетъ считаться тотъ, за кѣмъ имущество записано въ крѣпостную книгу. За долги собственника это именно имущество можетъ быть назначено въ публичную продажу, и только *въ видѣ рѣдкаго исключенія* имущество можетъ оказаться впослѣдствіи не принадлежащимъ должнику. Въ настоящее же время такое явленіе встрѣчается чаще, такъ какъ нерѣдко имѣніе описывается и назначается въ продажу по указанію взыскателя даже при отсутствіи доказательствъ о правѣ должника на имѣніе, и нѣтъ никакихъ средствъ заставить должника представить ко дню описи или продажи доказательства своего права собственности на продаваемое имущество (ст. 1103 п. 5, 1111 и 1112 уст. гр. суд.). Вслѣдствіе этого нерѣдко предъявляются третьими лицами иски о правѣ собственности на назначенное въ продажу имущество, объ исключеніи его изъ описи и продажи. Поэтому законъ, чтобы предотвратить неправильный переходъ имущества, не принадлежащаго должнику, и постановилъ, что торгъ признается недѣйствительнымъ, когда проданное имѣніе оказалось впослѣдствіи, по суду, непринадлежащимъ должнику (п. 1 ст. 1180). При предполагаемой же системѣ укрѣпленія правъ взыскатель и органы общественной власти будутъ имѣть полную возможность прежде, чѣмъ обратить взысканіе на недвижимое имущество, удостовѣриться, укрѣплено ли это имущество за дол-

жникомъ, т. е. записано ли оно за нимъ въ крѣпостную книгу. При назначеніи такого имущества въ публичную продажу есть полное основаніе къ убѣжденію, что имущество принадлежитъ должнику.

При разсмотрѣніи приведенной ст. 42 „Главныхъ основаній“ оказывается однако, что если по окончаніи торга, *но прежде укрѣпленія имущества за пріобрѣтателемъ*, состоялось рѣшеніе судебнаго мѣста, коимъ признано, что проданное имущество не принадлежитъ должнику, то торгъ подлежитъ уничтоженію. Мнѣ кажется, что такое положеніе не вытекаетъ логически изъ природы ипотеки и находится въ противорѣчіи съ разсмотрѣнною выше ст. 14 «Главныхъ основаній». Мы видѣли, что сдѣлки объ отчужденіи недвижимаго имущества, заключенныя съ лицомъ, за которымъ право на него значилось въ крѣпостной книгѣ безспорно, сохраняютъ свою силу, хотя бы впослѣдствіи право сего лица (продавца) было уничтожено рѣшеніемъ суда.

Публичная продажа отличается отъ частной лишь тѣмъ, что она совершается помимо воли и согласія собственника имущества (должника) и что вмѣсто сего послѣдняго контрагентомъ юридической сдѣлки является государственная власть въ лицѣ ея органовъ. Казалось бы, что публичная продажа должна пользоваться бо́льшимъ авторитетомъ и прочностью, нежели частная продажа, ибо первая совершается при возможно большей огласкѣ и съ соблюденіемъ многихъ формальностей, гарантирующихъ законность отчужденія. А между тѣмъ выходитъ, что имущество, купленное съ публичнаго торга, можетъ быть утеряно по такому поводу, который не имѣетъ по ст. 14 «Главныхъ основаній» никакого вліянія при добровольной продажѣ. По нашему мнѣнію, принципъ, выраженный въ ст. 14, требуетъ, чтобы и публичная продажа сохранила свою силу, если только во время продажи имущество значилось въ крѣпостной книгѣ за должникомъ безспорно, хотя бы послѣ продажи обнаружилось, что имущество не принадлежитъ должнику. Третье лицо должно въ этомъ случаѣ винить самого себя въ понесенной имъ потерѣ имущества, такъ какъ оно обязано было предупредить публичную продажу своевременнымъ предъявленіемъ иска о своемъ правѣ и обезпеченіемъ этого иска посредствомъ охранительной отмѣтки въ крѣпостной книгѣ. Само собою разумѣется, что третье лицо имѣетъ право на полученіе вырученной за имѣніе суммы, которая, замѣчу, должна храниться въ судѣ до укрѣпленія имущества за пріобрѣтателемъ. Другіе же поводы къ признанію торга недѣйствительнымъ, указанные въ пп. 2, 3 и 4 ст. 1180, должны сохранить свою силу

и при дѣйствіи ипотечной системы, такъ какъ эти поводы относятся къ неправильностямъ при самомъ производствѣ торга; но вліяніе ихъ на дѣйствительность торга продолжается только до укрѣпленія имущества за пріобрѣтателемъ. По изложеннымъ соображеніямъ слѣдовало бы постановить, что торгъ не подлежитъ уничтоженію, хотя бы впослѣдствіи право должника на имущество было уничтожено рѣшеніемъ суда, и что до укрѣпленія имущества за пріобрѣтателемъ торгъ можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ въ случаяхъ, указанныхъ въ пп. 2, 3 и 4 ст. 1180 [1]).

IX.

Разсмотримъ теперь юридическія послѣдствія публичной продажи. Ѳдновременно съ первымъ актомъ исполнительнаго процесса, т. е. съ посылкою должнику повѣстки объ исполненіи и объ обращеніи взысканія на принадлежащее ему недвижимое имущество, вносится въ крѣпостную книгу охранительная о томъ отмѣтка (ст. 38). Мѣстомъ этой отмѣтки опредѣляется старшинство для будущаго пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга (ibid). Но послѣ внесенія этой охранительной отмѣтки могутъ обнаружиться еще другія присужденныя съ собственника имущества взысканія, по которымъ также будутъ внесены въ крѣпостную книгу охранительныя отмѣтки. Какое отношеніе существуетъ между этими отмѣтками и какое онѣ имѣютъ значеніе для будущаго пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга? По коренному началу ипотеки, ранѣе внесенныя охранительныя отмѣтки пользуются старшинствомъ, относительно удовлетворенія взысканія, передъ такими же отмѣтками, внесенными въ крѣпостную книгу позднѣе. Реальность такого старшинства выступаетъ наружу, когда вырученная изъ продажи имущества сумма нёдостаточна для полнаго удовлетворенія всѣхъ долговъ и взысканій (см. ниже). По моему мнѣнію, по самый день торга могутъ быть внесены въ крѣпостную книгу охранительныя отмѣтки объ обращеніи взысканія на недвижимое имущество и всѣ онѣ имѣютъ силу въ отношеніи лица, пріобрѣвшаго имущество съ публичнаго торга, въ томъ смыслѣ, что обезпеченныя отмѣтками взысканія подлежатъ уплатѣ изъ вырученныхъ при продажѣ денегъ. Эти-то взысканія должны быть принимаемы въ расчетъ при оцѣнкѣ продаваемаго съ публичнаго

---

[1]) Ср. ст. 158 и 174 проекта пол. о порядкѣ взысканій и пр.

торга имущества. Упомянутая въ ст. 38 охранительная отмѣтка имѣетъ то значеніе, что установленныя *самимъ собственникомъ* послѣ сей отмѣтки ограниченія права собственности и обезпеченія договоровъ и обязательствъ не имѣютъ силы въ отношеніи лица, пріобрѣвшаго имущество съ публичнаго торга (ст. 38). Въ этомъ именно заключается старшинство сего послѣдняго, которое опредѣляется временемъ внесенія охранительной отмѣтки. Но отсюда нисколько не слѣдуетъ, чтобы послѣ упомянутой отмѣтки не могли бы быть внесены такія же отмѣтки и чтобъ эти послѣднія не пользовались правомъ на удовлетвореніе. Предположимъ, что лицо А выдало разнымъ лицамъ долговыя обязательства, назначивъ въ нихъ разные сроки платежа. Когда наступилъ срокъ исполненія по одному изъ этихъ обязательствъ, оно предъявлено было ко взысканію, и судъ постановилъ рѣшеніе о взысканіи съ А денегъ; вслѣдствіе обращенія этого взысканія на недвижимое имущество А, въ крѣпостную книгу была внесена охранительная о томъ отмѣтка. Вслѣдъ затѣмъ наступили сроки исполненія по другимъ обязательствамъ А, судъ призналъ ихъ подлежащими взысканію и по нимъ внесены были охранительныя отмѣтки. Нѣтъ никакого основанія отказать этимъ послѣднимъ въ правѣ на удовлетвореніе единственно потому, что онѣ внесены въ крѣпостную книгу позднѣе. Онѣ только уступаютъ предшествующимъ отмѣткамъ по началу старшинства въ томъ лишь случаѣ, когда вырученныхъ денегъ недостаточно для удовлетворенія всѣхъ взысканій. Согласно съ этимъ, для устраненія могущихъ возникнуть недоразумѣній, ст. 39 «главныхъ основаній» слѣдовало бы развить въ будущемъ ипотечномъ уставѣ въ томъ смыслѣ, что торгъ начинается съ суммы: а) долговъ, записанныхъ въ крѣпостную книгу до внесенія въ нее *первой* охранительной отмѣтки, упомянутой въ ст. 38, а также б) присужденныхъ взысканій, обезпеченныхъ охранительными отмѣтками, *внесенными по день торга*, если сумма эта превышаетъ оцѣнку имущества, а въ противномъ случаѣ—съ означенной оцѣнки [1]).

Пріобрѣтателемъ имущества съ публичнаго торга можетъ быть или постороннее лицо, или одинъ изъ взыскателей. Какъ тотъ, такъ и другой пользуются старшинствомъ по мѣсту внесенія первой охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на недвижимое имущество, такъ какъ публичная продажа есть результатъ первой охранительной отмѣтки. Всѣ ограниченія или обезпеченія, установлен-

---

[1]) Ср. ст. 108 и 109 пр. полож. о порядкѣ взысканій и пр.

ныя на этомъ имуществѣ *самимъ собственникомъ* послѣ внесенія этой отмѣтки, не имѣютъ силы для пріобрѣтателя имущества. На этого послѣдняго переходятъ только тѣ долги, которые записаны въ крѣпостную книгу до внесенія *первой* охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія (ст. 41). Законъ разумѣетъ здѣсь долги, обезпеченные *самимъ собственникомъ* имущества и еще не присужденные рѣшеніемъ судебнаго мѣста. Это вытекаетъ изъ словъ «если сроки платежа по нимъ еще не наступили, или если по онымъ не заявлено требованій о платежѣ» (ст. 41).

Изъ суммы, вырученной отъ продажи имущества съ публичнаго торга, прежде всего уплачиваются: 1) недоимки въ лежащихъ на имуществѣ податяхъ и повинностяхъ государственныхъ, земскихъ и общественныхъ — за послѣднія шесть полугодій, и 2) платежи, слѣдующіе лицамъ, служившимъ по управленію имуществомъ или производившимъ въ немъ какія - либо работы за одинъ годъ, непосредственно предшествующій дню торга (ст. 19). Это — такъ называемыя привилегіи на недвижимомъ имуществѣ или такіе долги, которымъ, хотя и не записаны въ крѣпостной книгѣ, присвоено старшинство предъ всѣми внесенными въ книгу долговыми претензіями. По существующему нынѣ порядку, изъ представленной покупщикомъ суммы прежде всего уплачиваются числящіяся на нихъ недоимки въ податяхъ и повинностяхъ всякаго рода, равно издержки по производству описи и продажи имѣнія (ст. 1163 уст. гр. суд.). Такимъ образомъ, съ одной стороны уплата недоимокъ не ограничена извѣстнымъ періодомъ времени, за которое онѣ причитаются, съ другой — лица, служившія по управленію имѣніемъ или производившія въ немъ какія-либо работы, не пользуются никакимъ пре имуществомъ передъ другими кредиторами, и, въ случаѣ недостаточности вырученной суммы, они получаютъ удовлетвореніе по соразмѣрности. Новый законъ, оттѣснивъ на задній планъ долги, не внесенные въ крѣпостную книгу, выдвигаетъ впередъ двѣ группы привилегированныхъ долговъ, получающихъ удовлетвореніе прежде всѣхъ долговъ. Само собою разумѣется, что въ подтвержденіе платежей, слѣдующихъ по управленію имѣніемъ и за произведенныя въ немъ работы, должны быть представлены достовѣрныя доказательства. Иначе, можетъ случиться, что эти платежи будутъ показаны въ преувеличенномъ размѣрѣ и что должникъ для избѣжанія платежа дѣйствительныхъ долговъ будетъ заключать фиктивныя сдѣлки съ разными лицами по управленію имѣніемъ или по производству въ немъ работъ. Мнѣ поэтому кажется, что прежде, чѣмъ уплачивать эти долги, судъ

долженъ выслушать объясненія другихъ кредиторовъ, если они явились къ назначеному сроку. Изъ вырученныхъ за имущество денегъ слѣдуетъ также уплатить издержки по производству описи и продажи имущества по представленному судебнымъ приставомъ и утвержденному счету, хотя по этому предмету мы не встрѣчаемъ указанія въ «Главныхъ основаніяхъ» [1]).

Послѣ покрытія недоимокъ, платежей по управленію имѣніемъ и за произведенныя въ немъ работы (ст. 19) и издержекъ по производству описи и продажи, можетъ оказаться, что остающаяся затѣмъ сумма будетъ меньше суммы долговъ, подлежащихъ уплатѣ изъ вырученныхъ при продажѣ денегъ, и долговъ, по которымъ сроки платежа еще не наступили. Положимъ, что цѣна имущества, состоявшаяся на публичномъ торгѣ—5,000 руб.; долги, по которымъ сроки платежа еще не наступили, и которые должны быть переведены на покупщика, равняются—3,000 руб., долги, подлежащіе уплатѣ изъ вырученныхъ при продажѣ денегъ—1,500 руб. (торгъ начался согласно 39 ст. «Главныхъ основаній» съ суммы 4,500 р.), а привилегированные долги (не записанные въ крѣпостной книгѣ) составляютъ 1,500 руб. Эта послѣдняя сумма уплачивается прежде всего (ст. 19), слѣдовательно остатокъ меньше суммы долговъ на 1,000 руб. Въ этомъ случаѣ вступаетъ въ дѣйствіе принципъ старшинства (ст. 18). Преимущественное право на удовлетвореніе имѣютъ кредиторы, долговые претензіи которыхъ записаны въ крѣпостную книгу ранѣе другихъ, такъ что долги на 1,000 руб. останутся безъ удовлетворенія и не переходятъ на пріобрѣтателя имущества, хотя эти долги или взысканія обезпечены ипотекою. Такое же явленіе и даже еще съ большею вѣроятностью возможно въ случаѣ продажи имущества со второго торга, такъ какъ новый торгъ назначается безъ вторичной оцѣнки, а мущество можетъ быть продано и ниже оцѣнки (ст. 1182 уст. гр. суд.). Впрочемъ при нормальныхъ условіяхъ указанное нами явленіе будетъ встрѣчаться довольно рѣдко. При дѣйствіи ипотечной системы размѣръ открываемаго собственнику имущества кредита, обезпечиваемаго ипотекою, будетъ—въ большинствѣ случаевъ—строго согласованъ съ стоимостью имущества и съ суммою обременяющихъ его долговъ. Для этого заимодавецъ, прежде чѣмъ установить ипотеку, можетъ, съ разрѣшенія собственника имущества, обозрѣть крѣпостную книгу и почерпнуть изъ нея необходимыя свѣдѣнія.

Между кредиторами, получающими удовлетвореніе изъ денегъ, вы-

---

[1]) См. стр. 191 пр. полож. о порядкѣ взысканій и пр.

рученныхъ за проданное съ публичнаго торга недвижимое имущество, могутъ состоять кредиторы, производящіе свое правоснованіе отъ лицъ, въ пользу которыхъ установлена ипотека. Предметомъ оборота могутъ быть, какъ самое недвижимое имущество, такъ и права и капиталы, обезпеченные этимъ имуществомъ. Это логически вытекаетъ, какъ изъ существа ипотечной системы и главныхъ задачъ ея, такъ и изъ разсмотрѣннаго выше института передачи или уступки правъ, обезпеченныхъ ипотекою. Цессіонарій или лицо, коему уступлено право, обезпеченное ипотекою, хотя и производитъ свое правооснованіе не прямо отъ собственника недвижимаго имущества, а отъ лица, въ пользу котораго первоначално установлено обезпеченіе, тѣмъ не менѣе становится на мѣсто цедента и пользуется ипотечнымъ правомъ съ тѣми же прерогативами (въ предѣлахъ, разумѣется, переданнаго права), которыя установлены для цедента, между прочимъ и правомъ старшинства. Такой же переходъ права, обезпеченнаго ипотекою, возможенъ вслѣдствіе внесенія въ крѣпостную книгу охранительной отмѣтки, упомянутой въ ст. 38 «Главныхъ основаній». Представимъ себѣ, что собственикъ недвижимаго имущества А выдалъ закладную на 2,000 руб. лицу Б. Этотъ послѣдній состоитъ должнымъ лицу В по векселю 1,000 р. В обращаетъ присужденное ему взысканіе на залоговое право своего должника Б, о чемъ и вносится охранительная отмѣтка въ крѣпостную книгу А. Имущество А обремененно, какъ и прежде, ипотекою на 2,000 руб., съ тою только разницею, что эта сумма распадается между двумя лицами: Б и В. Имущество, положимъ, по взысканіямъ другихъ лицъ продано съ публичнаго торга. Кредиторы Б и В должны пользоваться одинаковымъ правомъ старшинства, которое опредѣляется временемъ записки въ крѣпостную книгу обезпеченія въ пользу залогодержателя Б. Если ко времени публичной продажи уже наступилъ срокъ платежа по закладной, то изъ вырученной за имущество суммы удовлетворяются въ причитающихся имъ частяхъ кредиторы Б и В. Если же срокъ платежа по закладной еще не наступилъ, то весь долгъ въ 2,000 руб. переходитъ на пріобрѣтателя имущества съ публичнаго торга, согласно 41 ст. «Главныхъ основаній». Основываю такой выводъ на томъ соображеніи, что производное ипотечное право В можетъ быть реализовапо въ тѣхъ только предѣлахъ, въ которыхъ оно принадлежитъ Б, а такъ какъ для послѣдняго еще не наступилъ срокъ осуществленія своего права, то и преемникъ его В не можетъ еще требовать удовлетворенія изъ вырученныхъ за имущество денегъ, несмотря на то, что претензія В *сама по себѣ* уже

вполнѣ созрѣла и подлежитъ удовлетворенію. Своеобразность этого юридическаго явленія заключается съ одной стороны въ томъ, что претензія взыскателя В пользуется старшинствомъ не по времени внесенія охранительной отмѣтки объ обращеніи взысканія на ипотечное право Б, а по времени записки этого послѣдняго,—съ другой стороны взысканіе В, уже присужденное, не погашается изъ вырученной за имущество суммы, а переводится на покупщика. Но такое явленіе не содержитъ въ себѣ ничего анормальнаго. Оно вытекаетъ логически изъ коренныхъ свойствъ ипотечной системы и общихъ началъ гражданскаго права.

НОВѢЙШІЙ ПРОЕКТЪ ВОТЧИННАГО УСТАВА.

Начиная съ 50-хъ годовъ, вопросъ о преобразованіи существующаго у насъ порядка пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на недвижимое имущество составляетъ предметъ непрерывныхъ заботъ законодательной власти. Такъ, въ 1859 г. внесенъ былъ въ Государственный Совѣтъ проектъ положенія объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ ипотечнымъ порядкомъ. Въ 1860 г. проектъ этотъ переданъ былъ Государственнымъ Совѣтомъ въ учрежденную при Министерствѣ Финансовъ коммиссію о земельныхъ банкахъ, въ которой для разработки ипотечнаго вопроса образованъ былъ особый ипотечный отдѣлъ. Въ 1867 г. дѣло объ ипотечной системѣ передано было, по Высочайшему повелѣнію, въ Министерство Юстиціи, при которомъ была учреждена особая ипотечная коммиссія; составленный ею проектъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе въ нѣсколько измѣненномъ видѣ былъ внесенъ въ 1874 г. въ Государственный Совѣтъ; разсмотрѣнныя имъ основныя положенія этого проекта Высочайше утверждены были 19 мая 1881 г. и распубликованы, какъ «главныя основанія предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество» [1]. 3 ноября 1882 г. состоялось Высочайшее повелѣніе, по которому первоначальное начертаніе проектовъ положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество и правилъ объ устройствѣ учрежденій, завѣдывающихъ крѣпостными книгами въ городахъ, гдѣ нѣтъ окружныхъ судовъ, возложено на редакціонную коммиссію по составленію проекта гражд. улож.

---

[1]) Они разсмотрѣны мною въ статьѣ „Къ вопросу объ ипотечной системѣ".



Неудовлетворительность существующаго у насъ порядка пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на недвижимое имущество давно уже сознается всѣми. Кромѣ общихъ дефектовъ, присущихъ всему нашему гражданскому законодательству: отсутствіе выработанной терминологіи, общихъ, опредѣленно формулированныхъ положеній и строго-выдержанной системы въ расположеніи законодательнаго матеріала, казуистичность, редакціонныя и кодификаціонныя неточности,—дѣйствующій порядокъ укрѣпленія правъ на недвижимое имущество страдаетъ слѣдующими специфическими недостатками: а) въ законѣ неопредѣленъ съ точностью моментъ, когда именно совершается переходъ вотчиннаго права, когда оно *пріобрѣтается* и *укрѣпляется* (неразграничены также понятія «пріобрѣтеніе» и «укрѣпленіе»), съ момента ли утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ, или съ передачею утвержденнаго акта пріобрѣтателю, или же, наконецъ, со дня ввода во владѣніе имѣніемъ? Вопросъ этотъ порождалъ и порождаетъ разномысліе въ судебной и кассаціонной практикѣ; б) отсутствіе хорошо организованной гласности переходовъ и ограниченій правъ собственности на имѣнія. Существующіе способы оглашенія этихъ переходовъ и ограниченій (публикаціи въ сенатскихъ объявленіяхъ, измѣненныя закономъ 26 іюня 1889 г., отмѣтка въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, вводъ во владѣніе) крайне неудовлетворительны и не достигаютъ цѣли; в) чрезвычайная сложность и продолжительность процесса совершенія актовъ о недвижимыхъ имѣніяхъ и укрѣпленія ихъ за пріобрѣтателемъ (совершеніе акта у нотаріуса, утвержденіе его старшимъ нотаріусомъ, производство въ окружномъ судѣ о вводѣ во владѣніе и самый вводъ); г) юридическая неопредѣленность и неустойчивость пріобрѣтенныхъ вотчинныхъ правъ. Пріобрѣтатель этихъ правъ не можетъ быть увѣренъ въ ихъ прочности и безповоротности, такъ какъ при существующей нынѣ крѣпостной системѣ возможны частые споры и притязанія третьихъ лицъ на имѣніе, уничтоженіе судомъ крѣпостного акта и отсужденіе имѣнія другому лицу; д) свобода оборота вотчинныхъ правъ и распоряженія ими стѣснена (недопущеніе, по общему правилу, продажи и залога имѣній, состоящихъ подъ запрещеніемъ, и передачи залоговыхъ требованій). Всѣ эти недостатки, отмѣченные составителями новѣйшаго проекта вотчиннаго устава, очевидно, мѣшаютъ правильному теченію экономическаго оборота и вредно отзываются на поземельномъ кредитѣ.

Указанными общими и частными дефектами само собою выдвигается цѣль предпринимаемой реформы и предопредѣляется самая система изложенія относящихся сюда правилъ. По заявленію редак-

ціонной коммиссіи, цѣль введенія вотчинной (ипотечной) системы заключается въ установленіи надлежащей гласности, опредѣленности, и, главное, твердости земельныхъ правъ и возможно полной свободы въ распоряженіи ими, въ упрощеніи производства по пріобрѣтенію этихъ правъ, въ приближеніи мѣста совершенія актовъ о недвижимыхъ имѣніяхъ къ населенію и въ устраненіи не-формальной земельной собственности. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что по отсутствію у насъ кадастра и по неудовлетворительному положенію межеваго дѣла предполагаемая вотчинная система не можетъ въ настоящее время совершенно устранить неопредѣленность состава и цѣнности имѣній, пространства и границъ земельной собственности такъ, что вотчинныя книги не могутъ вполнѣ гарантировать пріобрѣтателямъ земельныхъ правъ дѣйствительную стоимость и пространство имѣній (см. стр. 32 и 39 проекта вотчиннаго устава съ объясненіями, т. I).

Редакціонная коммиссія послѣ принятыхъ въ законодательномъ порядкѣ нѣкоторыхъ предварительныхъ мѣръ для облегченія введенія вотчинной системы (законъ 26 іюня 1889 г., измѣнившій порядокъ наложенія и снятія запрещеній, установленіе новой формы реестра крѣпостныхъ дѣлъ) выработала проекты: 1) учрежденія вотчинныхъ установленій, 2) вотчиннаго устава, 3) правилъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями и 4) положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе вотчинный уставъ. Всѣ эти проекты построены главнымъ образомъ на Высочайше утвержденныхъ 19 мая 1881 г. главныхъ основаніяхъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество и являются, за немногими исключеніями, дальнѣйшимъ развитіемъ «Главныхъ основаній».

I.

Въ основу предполагаемой вотчинной (ипотечной) системы положены принципы: *вотчинной записки* или внесенія, *публичности* или гласности, *безповоротности*, *специальности* и *старшинства*. Изъ существующихъ на западѣ Европы системъ регистраціи земельныхъ правъ: а) транскрипціонной и инскрипціонной (Франція), б) системы залоговыхъ или ипотечныхъ книгъ (Pfandbuchsystem), в) системы вотчинныхъ книгъ (Grundbuchsystem) нашъ проектъ принялъ послѣднюю. По этой системѣ въ вотчинную книгу вносятся всѣ важ-

нѣйшія права на недвижимое имущество (Eintragungsprincip). Принимая вотчинную записку въ основаніе системы пріобрѣтенія правъ на недвижимое имущество и доказывая необходимость и пользу правильной регистраціи этихъ правъ, редакціонная комиссія, однако, пріурочиваетъ моментъ установленія права собственности ко внесенію въ вотчинную книгу лишь въ случаѣ *добровольнаго отчужденія* имущества. По ст. 19 проекта, право собственности на недвижимое имѣніе въ случаѣ продажи, даренія, выдѣла, назначенія приданаго, мировой сдѣлки и вообще во всѣхъ случаяхъ добровольнаго отчужденія, пріобрѣтается со времени внесенія пріобрѣтателя въ вотчинную книгу. Отъ добровольнаго отчужденія проектъ различаетъ переходы имѣній: «въ силу Всемилостивѣйшаго пожалованія, по праву наслѣдованія, вслѣдствіе принудительнаго отчужденія, публичной продажи *или* (слѣдовало бы *и*) по давности владѣнія»; во всѣхъ этихъ случаяхъ право собственности пріобрѣтается *до внесенія* въ вотчинную книгу. Равнымъ образомъ до внесенія въ вотчинную книгу почитается собственникомъ имѣнія тотъ, кому оно по иску о правѣ собственности присуждено вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ» (ст. 20). Такое же различіе моментовъ установленія права проектъ проводитъ относительно правъ въ чужомъ имѣніи: права эти, при установленіи или отчужденіи ихъ по договору, пріобрѣтаются со времени внесенія въ вотчинную книгу; при установленіи же этихъ правъ по иному основанію, они пріобрѣтаются до внесенія въ вотчинную книгу (ст. 25). Такимъ образомъ является двойственность въ способахъ пріобрѣтенія правъ на недвижимое имѣніе, установляются различные моменты такого пріобрѣтенія, и тѣмъ самымъ нарушается цѣльность первенствующаго принципа вотчинной системы. Извѣстно, что въ Римѣ для перенесенія права собственности недостаточно было одного правооснованія къ пріобрѣтенію этого права (titulus adquirendi), а требовалось наличность и способа пріобрѣтенія (modus adquirendi), который состоялъ въ передачѣ (traditio); отсюда правило: traditionibus, sed non nudis pactis, dominia rerum transferuntur. Въ Германскомъ правѣ издавна существовалъ институтъ Auflassung, заключавшійся въ томъ, что переходъ права собственности совершался путемъ торжественнаго, часто сопровождавшагося символическимъ дѣйствіемъ, заявленія отчуждателя въ судѣ или церкви или же передъ свидѣтелями, что онъ уступаетъ право собственности, и такого же торжественнаго заявленія пріобрѣтателя, что онъ согласенъ на принятіе этой уступки; затѣмъ слѣдовалъ торжественный вводъ во владѣніе (Investitura, Gewere). Такимъ образомъ, главнымъ

условіемъ для пріобрѣтенія права собственности на имѣніе была гласность, которая достигалась, кромѣ того, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ внесеніемъ сдѣлки о переходѣ права собственности въ судебныя книги (Gerichtsbücher). Тотъ же принципъ гласности принятъ былъ въ основаніе прусскихъ ипотечныхъ законовъ 5 мая 1872 г. (см. Лыкошинъ, «Вотчинныя установленія и вотчинное производство въ Пруссіи», стр. 62 и слѣд.). По свидѣтельству составителей нашего проекта въ славянскихъ земляхъ можно усмотрѣть то же стремленіе, какъ и въ другихъ странахъ, придать возникновенію права собственности на недвижимыя имѣнія извѣстную гласность и удобораспознаваемость. Такъ, у чеховъ уже съ половины XIV столѣтія право собственности, по общему правилу, пріобрѣталось лишь чрезъ внесеніе пріобрѣтателя въ предназначенныя для сего гласныя книги (Tabulae, Tafeln); чехи смотрѣли на внесеніе, какъ на необходимое условіе самаго пріобрѣтенія права (проектъ т. I, стр. 149). Въ Польшѣ, по закону 1588 г., всякое установленіе вещнаго права подлежало явкѣ (recognitio) или засвидѣтельствованію (roboratio) въ судѣ и внесенію въ городскія или земскія книги по мѣсту нахожденія имѣнія (Дуткевичъ, Польское ипотечное право, стр. 4 и 5). По законодательствамъ австрійскому (431, 436 и 437), саксонскому (276 и 277) и голландскому (710) право собственности на недвижимое имѣніе можетъ быть пріобрѣтено *во всѣхъ случаяхъ* только лишь чрезъ внесеніе пріобрѣтателя въ вотчинную книгу. Нашъ проектъ слѣдуетъ, повидимому, системѣ прусскаго законодательства, по которому только при добровольномъ отчужденіи право собственности пріобрѣтается со времени внесенія въ вотчинную книгу; во всѣхъ же другихъ случаяхъ пріобрѣтеніе совершается помимо книги, на основаніи общихъ гражданскихъ законовъ (ст. 1 и 5 зак. о пріобрѣтеніи права собственности 1872 г.).

Соображенія редакціонной комиссіи въ оправданіе проводимаго ею различія между правооснованіями пріобрѣтенія неубѣдительны. Она сама признаетъ, что полная обезпеченность и твердость вотчиннаго оборота достигается лишь при господствѣ правила, въ силу котораго внесеніе пріобрѣтателя въ вотчинную книгу составляетъ необходимое условіе самаго пріобрѣтенія права собственности. Начало внесенія,— говорятъ составители проекта,—есть наилучшая форма, въ которой когда-либо выражалось пріобрѣтеніе недвижимой собственности; здѣсь внѣшняя распознаваемость существованія права въ данномъ его объемѣ достигаетъ высшей степени (проектъ т. I, стр. 157). Послѣ такой оцѣнки вотчинной записки или внесенія коммиссія, однако, нахо-

дитъ, что оно вполнѣ примѣнимо лишь къ случаю добровольнаго отчужденія имѣнія, такъ какъ въ этомъ случаѣ отъ законодателя зависитъ, въ видахъ достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей, предписать ту или иную форму, въ которой должна быть выражена воля сторонъ, дабы вотчинное право могло почитаться возникшимъ. Почему же, спрашивается, законодательная власть, въ видахъ достиженія той же дѣйствительно общеполезной цѣли, къ которой стремятся всѣ законодательства съ правильно развитою вотчинною системою, не можетъ распространять начало внесенія въ вышеуказанномъ смыслѣ и на всѣ остальныя основанія перехода вещныхъ правъ? Здѣсь, говорятъ составители проекта, право собственности рождается самостоятельно и непосредственно изъ того событія, которое составляетъ основаніе его возникновенія (смерть наслѣдодателя, истеченіе земской давности и проч.); внесеніе въ книгу не можетъ замѣнить въ данномъ случаѣ событій, обосновавшихъ право собственности (тамъ же стр. 158). Такая аргументація едва ли оправдываетъ раздѣленіе способовъ пріобрѣтенія права собственности и вообще вотчинныхъ правъ на два разряда. Всякая законодательная реформа въ той или другой области права, вызываемая настоятельными требованіями общежитія, производитъ соотвѣтствующія измѣненія въ правовомъ порядкѣ. Цѣль реформы не будетъ достигнута, если она не обниметъ всей группы однородныхъ по существу отношеній и ограничится только нѣкоторыми изъ нихъ. Разъ законодательная власть считаетъ необходимымъ устранить неопредѣленность и неустойчивость вотчинныхъ правъ и установить болѣе раціональную систему укрѣпленія правъ на недвижимое имущество,—система эта должна быть проведена цѣликомъ, послѣдовательно и твердо безъ колебаній и компромиссовъ. Коренное начало ипотечной системы заключается въ томъ, что юридическое положеніе недвижимыхъ имѣній должно быть изображено въ общедоступной вотчинной книгѣ и что мобилизація вотчинныхъ правъ должна обусловливаться внесеніемъ ихъ въ вотчинныя книги, такъ что право устанавливается съ момента его внесенія. Этому моменту предшествуютъ факты (событія), свидѣтельствующіе о *совершающемся* переходѣ права и служащіе правооснованіями (титулами) ко внесенію: безъ первыхъ послѣднее немыслимо, ихъ совмѣстное существованіе необходимо для признанія перехода правъ *совершившимся*. Съ этой точки зрѣнія нѣтъ разницы между добровольнымъ и недобровольнымъ отчужденіемъ: какъ договоръ, такъ и другія правооснованія (смерть наслѣдодателя, истеченіе давности, публичная продажа и проч.) суть необходимые факторы въ процессѣ пріобрѣтенія правъ на недвижимыя имѣнія; но

процессъ этотъ завершается внесеніемъ въ вотчинныя книги, составляющимъ послѣдній и окончательный актъ пріобрѣтенія правъ. Лицо, пріобрѣтающее право собственности или другія вотчинныя права на недвижимое имущество по одному изъ установленныхъ гражданскими законами основаній, имѣетъ право и обязанъ требовать внесенія, безъ котораго право не должно считаться пріобрѣтеннымъ. Только при такихъ условіяхъ вводимая ипотечная система принесетъ ожидаемую отъ нея пользу для гражданскаго оборота, такъ какъ вотчинныя книги будутъ служить гласнымъ и достовѣрнымъ изображеніемъ юридическаго положенія всѣхъ недвижимыхъ имѣній. Въ такомъ же смыслѣ изложена ст. 1 «Главныхъ основаній» (законъ 19 мая 1881 г.), въ силу которой укрѣпленіе правъ на недвижимое имущество совершается записью этихъ правъ въ крѣпостную книгу. Предлагаемое редакціонною коммиссіею дѣленіе правъ по моменту ихъ пріобрѣтенія на два разряда представляется неудобнымъ и въ томъ отношеніи, что въ случаяхъ недобровольнаго отчужденія право собственности пріобрѣтается, съ одной стороны, помимо внесенія этого права въ вотчинную книгу, съ другой,—пріобрѣтатель въ правѣ распоряжаться имѣніемъ лишь со времени внесенія его въ книгу (ст. 8 и 20); такимъ образомъ, право собственности дробится, пріобрѣтается по частямъ въ разное время. Составители проекта, во избѣжаніе возможности несоотвѣтствія между содержаніемъ вотчинной книги и дѣйствительнымъ юридическимъ положеніемъ имѣнія, вынуждены были, во первыхъ, отдалить право распоряженія и пріурочить его къ моменту внесенія и, во-вторыхъ, принять мѣры для того, чтобы побуждать пріобрѣтателя внести свое право въ вотчинную книгу (ст. 161—163, 165, 167—170). Но всѣ эти побудительныя мѣры поведутъ лишь къ усложненію и безъ того сложнаго вотчиннаго процесса: онѣ бы оказались совершенно лишними, если бы началу внесенія присвоено было значеніе акта, устанавливающаго право собственности *во всѣхъ случаяхъ перехода его*. Во всѣхъ странахъ, не исключая Россіи, уже съ давнихъ временъ государственная власть нормировала съ особенною заботливостію все то, что̀ касается правовой сферы въ недвижимыхъ имѣніяхъ. Это вызывалось отчасти финансовыми и экономическими, отчасти политическими соображеніями. Мы уже упомянули, что государственная власть въ видахъ достиженія цѣли, отвѣчающей общественнымъ интересамъ и нуждамъ, можетъ и въ сферу частно-гражданскихъ право-отношеній вносить тѣ или другія видоизмѣненія и преобразованія. Она поэтому можетъ пріурочить моментъ пріобрѣтенія права на недвижимое имущество, независимо отъ правооснованія,

ко внесенію въ вотчинныя книги. Это, впрочемъ, не составитъ радикальнаго измѣненія въ существующемъ правовомъ порядкѣ. По общему правилу, всякій переходъ недвижимаго имущества санкціонируется извѣстнымъ актомъ при участіи органовъ власти (ст. 707, 593 X т. 1 ч., 66 пол. нот., 1165, 1424, 1425, 1432 уст. гр. суд.). Какъ при добровольномъ, такъ и при недобровольномъ отчужденіи пріобрѣтатель получаетъ публичный актъ, свидѣтельствующій о пріобрѣтенномъ правѣ (купчая, дарственная запись, раздѣльный актъ, данная, духовное завѣщаніе, утвержденное къ исполненію, судебное рѣшеніе, изложенное въ исполнительномъ листѣ, вводный листъ и др.). Со введеніемъ ипотечной системы внесеніе имѣнія въ вотчинную книгу будетъ собственно соотвѣтствовать существующей нынѣ отмѣткѣ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, которою заканчивается процессъ совершенія акта и которой законъ присвоиваетъ значеніе укрѣпленія права на имущество (ст. 1432 уст. гр. суд.). Что касается права наслѣдованія по закону и пріобрѣтенія Высочайше жалуемыхъ имѣній, то, какъ мы уже сказали, во власти законодателя пріурочить, въ виду предпринятой реформы, моментъ пріобрѣтенія права на недвижимое имущество ко внесенію въ вотчинную книгу. То же самое по отношенію къ давности владѣнія, тѣмъ болѣе, что и теперь требуется, согласно разъясненію Сената, для пріобрѣтенія права собственности, совершенія акта съ отмѣткою его въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Наконецъ, отсужденіе имѣнія вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ по иску о правѣ собственности не составляетъ, какъ справедливо замѣчаютъ составители проекта, способа пріобрѣтенія, ибо здѣсь не создается въ пользу истца какого-либо новаго права, а лишь признается за нимъ существующее уже право собственности на имѣніе. Въ этомъ случаѣ внесеніе истца въ вотчинную книгу, если онъ раньше не былъ внесенъ, составляетъ ни что иное, какъ приведеніе рѣшенія въ исполненіе. При правильно организованной ипотечной системѣ и при томъ рѣшающемъ значеніи, которое будетъ имѣть «внесеніе» для пріобрѣтателей, они сами будутъ заинтересованы въ томъ, чтобы внесеніе ихъ въ вотчинную книгу происходило вскорѣ послѣ совершившагося событія, служащаго правооснованіемъ ко внесенію, и этимъ устраняется опасеніе редакціонной коммиссіи, что недвижимое имѣніе послѣ смерти наслѣдодателя или послѣ публичной продажи, или же по истеченіи давности останется безъ хозяина (проектъ т. I стр. 164—165). Впрочемъ, сами составители проекта обязываютъ пріобрѣтателя имѣнія по одному изъ основаній, указанныхъ въ ст. 20, немедленно обратиться въ вотчинное установ-

леніе съ просьбой о внесеніи его права собственности въ вотчинную книгу (ст. 159). Сказанное приводитъ къ заключенію, что вотчинная записка должна бы быть признана *во всѣхъ случаяхъ* перехода вотчинныхъ правъ (не только права собственности, но и «правъ въ чужомъ имѣніи или ограниченій права собственности») необходимымъ условіемъ самаго пріобрѣтенія правъ. Поэтому ст. 19, 20, 25, 160—170 проекта подлежатъ пересмотру и соотвѣтственному измѣненію.

II.

Ст. 6 проекта постановляетъ, что вотчинныя книги почитаются гласными и содержаніе ихъ признается достовѣрнымъ для лицъ, пріобрѣтающихъ по онымъ права. Это такъ назыв. начало гласности или публичности, т.-е. признаніе со стороны законодательной власти содержанія вотчинной книги общеизвѣстнымъ и достовѣрнымъ. Поэтому основанныя на этой книгѣ пріобрѣтенія пользуются *защитою общественнаго довѣрія къ книгѣ* (öffentlicher Glaube, publica fides) или, по терминологіи проекта, *безповоротностью*. Постановленіе ст. 6 не имѣетъ характера юридической нормы въ собственномъ смыслѣ, или обязательнаго правила для извѣстнаго рода дѣйствій. Она ничего собственно не повелѣваетъ, а выражаетъ въ отвлеченой формѣ идею, не имѣющую непосредственнаго отношенія къ реальнымъ явленіямъ правового порядка. Выраженная здѣсь мысль имѣетъ собственно значеніе мотива для начала безповоротности, составляющей послѣдствіе гласности и достовѣрности вотчинныхъ книгъ: коль скоро онѣ общедоступны и имѣютъ значеніе оффиціальнаго источника свѣдѣній объ юридическомъ положеніи имѣнія, каждый, пріобрѣтающій по вотчинной книгѣ права, можетъ полагаться на достовѣрность содержащихся въ ней данныхъ и быть увѣреннымъ въ прочности и непоколебимости своего права. По моему мнѣнію, ст. 6 могла бы быть исключена изъ проекта, тѣмъ болѣе что общедоступность вотчинной книги (начало гласности или публичности) выражена въ ст. 124 проекта, въ силу которой «каждый вправѣ разсматривать вотчинную книгу и извлекать изъ нея нужныя для себя свѣдѣнія», а *достовѣрность* свѣдѣній о юридическомъ положеніи имѣнія уже сама собою вытекаетъ изъ совокупности условій, требуемыхъ закономъ для вотчинной записки, и изъ всей обстановки веденія вотчинной книги. Замѣчу, что въ «главныхъ основаніяхъ», на которыхъ проектъ построенъ, не встрѣчается особаго правила, подобнаго разсматриваемой ст. 6 проекта, хотя оно было бы тамъ болѣе умѣстно.

Какъ въ «главныхъ основаніяхъ» (ст. 14 и 15), такъ и въ проектѣ (ст. 15 и 16), содержится начало безповоротности. Оно заключается въ томъ, что право собственности и другія вотчинныя права, пріобрѣтенныя на записанное въ вотчинной книгѣ имѣніе и въ нее внесенныя, сохраняютъ свою силу, хотя бы впослѣдствіи оказалось, что права эти не принадлежали тому лицу, за кѣмъ они были записаны въ вотчинной книгѣ (см. тоже ст. 174 проекта полож. о пор. взысканія). Безповоротность не примѣняется къ случаямъ безмезднаго или недобросовѣстнаго пріобрѣтенія, или когда право одного изъ предшественниковъ пріобрѣтателя установлено путемъ подлога или иного преступленія (ст. 17 и 18). Проектъ совершенно правильно не признаетъ безповоротными вотчинныя права, пріобрѣтенныя *недобросовѣстно* или дошедшія къ одному изъ предшественниковъ пріобрѣтателя путемъ преступленія, но проводимое проектомъ различіе между возмезднымъ (titulo oneroso) и безмезднымъ пріобрѣтеніемъ *вообще*, и примѣненіе безповоротности лишь къ первому едва ли цѣлесообразно, въ особенности по отношенію къ *даренію*. Извѣстно, что безмездныхъ сдѣлокъ въ смыслѣ непосредственнаго безкорыстнаго благоволенія (beneficium) со стороны дарителя и обогащенія со стороны одаряемаго бываетъ очень мало; съ эволюціею гражданскаго оборота возмездность сдѣлалась существенною принадлежностью подавляющаго большинства юридическихъ сдѣлокъ. Въ чистомъ своемъ видѣ дареніе происходитъ почти исключительно между ближайшими родственниками. Даръ въ громадномъ большинствѣ случаевъ совершается изъ благодарности, въ видѣ возмездія или награды за оказанныя услуги матеріальнаго или нравственнаго свойства; иногда дареніе связано съ возложеніемъ на одареннаго какихъ-либо обязательствъ, такъ что трудно бываетъ строго отличать безмездныя сдѣлки отъ возмездныхъ. Существованіе въ вотчинномъ уставѣ различія между возмезднымъ и безмезднымъ отчужденіемъ *вообще* будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ, съ одной стороны, заключеніе въ обходъ закона симулятивныхъ сдѣлокъ или отчужденіе имѣнія за ничтожную цѣну, чтобы придать сдѣлкѣ, въ сущности безмездной, видъ возмездности, съ другой, — частые споры и тяжбы о фиктивности сдѣлки, такъ что и возмездное пріобрѣтеніе будетъ подвергаться риску быть оспореннымъ и уничтоженнымъ. Такая неустойчивость вотчинныхъ правъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу, поколеблетъ начало достовѣрности вотчинной книги, и цѣли, преслѣдуемыя вотчинною системою, не будутъ достигнуты. Слѣдовало бы поэтому, по примѣру законодательствъ австрійскаго и саксонскаго и проекта германскаго гр. ул., распростра-

нить безповоротность и на безмездное пріобрѣтеніе правъ или по крайней мѣрѣ на даренія, тѣмъ болѣе, что и въ «главныхъ основаніяхъ» (ст. 15) безповоротность не обусловлена возмездностью пріобрѣтенія. Признанный же рѣшеніемъ суда собственникомъ имѣнія несомнѣнно будетъ имѣть право требовать вознагражденія отъ дарителя, дѣйствовавшаго незаконно, отчуждая непринадлежащее ему имущество.

III.

Начало безповоротности не примѣняется въ томъ случаѣ, когда причина неправильнаго внесенія въ вотчинную книгу кроется въ преступленіи, напр., подлогѣ, обманѣ, принужденіи и т. п. (ст. 18). Дѣйствіе этого правила распространяется и на право собственности, пріобрѣтенное на имѣніе по публичной продажѣ, за исключеніемъ однако того случая, когда имѣніе продавалось по взысканіямъ, указаннымъ въ ст. 24 проекта положенія о порядкѣ взысканія и пр. (ст. 175 проекта полож.). Ст. 18 проекта изложена недостаточно ясно и возбуждаетъ сомнѣніе; «безповоротностью,—сказано въ этой ст.,—не пользуются вотчинныя права, хотя бы возмездно и добросовѣстно пріобрѣтенныя по вотчинной книгѣ, если вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ право одного изъ предшественниковъ пріобрѣтателя будетъ признано подлежащимъ уничтоженію на томъ основаніи, что оно установлено путемъ подлога или иного преступленія, и если при томъ до истеченія трехъ мѣсяцевъ со дня внесенія въ вотчинную книгу права, признаннаго подлежащимъ уничтоженію, будетъ внесена во исполненіе судебнаго постановленія, въ вотчинную книгу запись о погашеніи этого права или же отмѣтка объ обезпеченіи иска по спору, предъявленному на означенномъ выше основаніи». Положимъ, напр., лицо А путемъ преступнымъ успѣлъ записаться въ вотчинную книгу собственникомъ имѣнія, въ дѣйствительности принадлежащаго лицу Б, и продалъ это имѣніе лицу В., который и внесенъ былъ въ вотчинную книгу собственникомъ *при отсутствіи въ ней отмѣтки объ обезпеченіи права собственности* Б. (въ противномъ случаѣ безповоротность не примѣняется уже въ силу 15 ст. проекта). Б возражаетъ противъ права В, ссылаясь на то, что право А признано судебнымъ рѣшеніемъ, вошедшимъ въ законную силу, подлежащимъ уничтоженію на томъ основаніи, что оно, т. е. право, установлено путемъ преступнымъ. Ст. 18 ставитъ для поворота имѣнія отъ пріобрѣтателя В два условія: а) наличность

упомянутаго судебнаго рѣшенія, б) внесеніе, во исполненіе этого рѣшенія, въ вотчинную книгу записи о погашеніи уничтоженнаго судомъ права или же отмѣтки «объ обезпеченіи иска по спору, предъявленному на означенномъ выше основаніи» (т. е. на томъ основаніи, что право одного изъ предшественниковъ пріобрѣтателя (В) установлено путемъ преступленія; при этомъ ст. 18 требуетъ, чтобы означенная запись или отмѣтка внесена была «до истеченія трехъ мѣсяцевъ со дня внесенія въ вотчинную книгу права, признаннаго подлежащимъ уничтоженію». О какомъ искѣ и какомъ внесенномъ въ вотчиной книгѣ правѣ говоритъ ст. 18? Повидимому, статья эта, взятая цѣликомъ, подразумѣваетъ искъ объ уничтоженіи права одного изъ предшественниковъ пріобрѣтателя (въ нашемъ примѣрѣ А) и относительно этого именно права, уже перешедшаго къ лицу В., должна быть внесена запись о погашеніи или отмѣтка объ обезпеченіи. При такомъ пониманіи смысла ст. 18 трехмѣсячный срокъ представляется слишкомъ краткимъ. Б можетъ оспаривать внесеніе А собственникомъ имѣнія въ уголовномъ или гражданскомъ порядкѣ. Въ первомъ случаѣ вмѣстѣ съ возбужденіемъ уголовнаго дѣла о совершонномъ преступленіи, Б предъявитъ гражданскій искъ о признаніи права А подлежащимъ уничтоженію. Во второмъ случаѣ дѣло въ гражданскомъ порядкѣ будетъ пріостановлено до разрѣшенія уголовнымъ судомъ уголовнаго обстоятельства (ст. 8 уст. гр. суд.). Въ томъ и другомъ случаѣ пройдетъ несомнѣнно гораздо болѣе трехъ мѣсяцевъ до постановленія судомъ *рѣшенія* объ уничтоженіи права А, вступленія этого рѣшенія въ законную силу и внесенія въ вотчинную книгу записи о погашеніи уничтоженнаго права А. Точно также невѣроятно, чтобы отмѣтка объ обезпеченіи иска Б могла быть внесена въ вотчинную книгу до истеченія трехмѣсячнаго срока, такъ какъ судъ (уголовный или гражданскій) или, какъ проектировано уставомъ, начальникъ вотчиннаго установленія едва ли допуститъ обезпеченіе *при самомъ предъявленіи* такого иска, достовѣрность котораго всецѣло зависитъ отъ разрѣшенія уголовнаго обстоятельства въ утвердительномъ смыслѣ. Для устраненія возможныхъ на практикѣ затрудненій при истолкованіи и примѣненіи ст. 18 было бы, мнѣ кажется, правильнѣе постановить, что безповоротностью не пользуются вотчинныя права, пріобрѣтенныя по вотчинной книгѣ, если въ теченіе года со дня внесенія въ нее пріобрѣтателя, вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ признано будетъ, что право одного изъ предшественниковъ пріобрѣтателя установлено путемъ преступленія и что имѣніе подлежитъ возвращенію дѣйствитель-

ному собственнику его, или же если въ теченіе того же срока постановлено будетъ опредѣленіе объ обезпеченіи иска по тому же предмету. Въ обоихъ случаяхъ лицо, коему отсуждено имѣніе или коего искъ обезпеченъ, обязано предъявить исполнительный листъ начальнику вотчиннаго установленія въ теченіе указаннаго срока. Правило это можно иллюстрировать на нашемъ примѣрѣ. Искъ Б о поворотѣ имѣнія можетъ быть обращенъ къ одному А, когда имѣніе еще не перешло къ В или же къ А и В, когда оно уже перешло къ послѣднему. Судебнымъ рѣшеніемъ признано, что А внесенъ собственникомъ путемъ подлога, обмана и т. п., что право его подлежитъ уничтоженію и что имѣніе должно поступить къ истцу; тогда Б обязанъ въ теченіе года со дня внесенія В предъявить свой исполнительный листъ въ вотчинное установленіе для внесенія записи о погашеніи права А или же отмѣтки объ обезпеченіи иска, если судъ до разрѣшенія дѣла по существу постановилъ опредѣленіе объ обезпеченіи иска; одновременно съ погашеніемъ права А погашается и право В и вносится запись о правѣ Б. Такимъ образомъ для примѣненія правила ст. 18 въ предлагаемой нами редакціи нужно, чтобы въ теченіе *года* со дня внесенія *послѣдняго* пріобрѣтателя была внесена въ вотчинную книгу запись о погашеніи права его предшественника или отмѣтка объ обезпеченіи иска дѣйствительнаго собственника.

IV.

Всѣ почти законодательства ограничиваютъ примѣненіе давности къ правамъ, записаннымъ въ вотчинныя книги. Нашъ проектъ выставляетъ общее положеніе, что «внесенныя въ вотчинныя книги права не утрачиваются силою давности» (ст. 7). Это положеніе обнимаетъ, по объясненію редакціонной коммиссіи, какъ пріобрѣтательную, такъ и исковую давность. Коммиссія резюмируетъ положеніе института давности по проекту такимъ образомъ: 1) Пріобрѣтенію *по давности владѣнія* не подлежатъ: а) записанныя въ вотчинныхъ книгахъ имѣнія въ цѣломъ своемъ составѣ и б) отдѣльные земельные участки, относительно коихъ удостовѣрено, что во время заведенія вотчинной книги на имѣніе они входили въ составъ онаго или впослѣдствіи къ нему присоединены (ст. 7). Могутъ быть и впредь пріобрѣтаемы по давности: а) имѣнія, не записанныя въ вотчинныхъ книгахъ и б) тѣ записанныя въ вотчинныхъ книгахъ имѣнія, собст-

венники коихъ (ст. 20) не озаботились внесеніемъ своего права собственности въ вотчинную книгу (ст. 21 и 22). Дѣйствію *исковой* давности не подлежатъ записанныя въ вотчинной книгѣ права въ чужомъ имѣніи и залоговыя требованія (ст. 7). Но а) исковая давность имѣетъ примѣненіе къ просроченнымъ платежамъ по вотчиннымъ выдачамъ (ст. 28) и къ просроченнымъ процентамъ по залоговымъ требованіямъ, если проценты эти не внесены отдѣльною записью въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги (ст. 49); б) ст. 7 проекта постановляетъ лишь, что внесенныя въ вотчинную книгу права не *утрачиваются* силою давности, но не устраняетъ теченія исковой давности въ *пользу* лицъ, за которыми записаны такія права (т. I, стр. 104). Извѣстно, что институтъ давности существуетъ у всѣхъ почти народовъ и санкціонированъ всѣми современными законодательствами. Давность имѣетъ свое основаніе въ исторически-сложившихся условіяхъ человѣческаго общежитія, и она учреждена съ цѣлью водворенія мира и спокойствія въ гражданскихъ правоотношеніяхъ. «Главнѣйшая причина всѣхъ законовъ о давности, говорится въ представленіи графа Блудова отъ 17 ноября 1844 г., есть желаніе и обязанность всякаго правительства устранять, по возможности, препятствія къ спокойному владѣнію, а съ тѣмъ вмѣстѣ и къ улучшенію имуществъ ограниченіемъ права исковъ, когда они, по всей вѣроятности, были бы не только затруднительны, но и безплодны и даже вредны для самихъ истцовъ. Въ семъ отношеніи постановленія о давности можно назвать не закономъ справедливости, а закономъ необходимости» (см. объяснит. зап. къ проекту вотч. устава т. I, стр. 96). По моему мнѣнію, отмѣна дѣйствія давности въ томъ видѣ, въ какомъ это предположено проектомъ, не вызывается сущностью и цѣлью вотчинной системы. Начало гласности и достовѣрности вотчинныхъ книгъ и начало безповоротности должны имѣть своимъ послѣдствіемъ лишь то, что дѣйствіе давности устраняется по отношенію къ *третьимъ лицамъ*, пріобрѣвшимъ право собственности или другія вотчинныя права отъ записаннаго въ вотчинной книгѣ собственника или отъ вотчиннаго кредитора, при отсутствіи отмѣтки объ обезпеченіи права собственности другого лица или статьи о погашеніи пріобрѣтеннаго права. Такаго начала держится между прочимъ авст. гражд. ул. Ст. 1500 постановляетъ, что право, пріобрѣтенное силой пріобрѣтательной или исковой давности, не можетъ однако служить во вредъ тому, кто, полагаясь на публичныя книги, пріобрѣлъ вещь или право еще до внесенія пріобрѣтеннаго права. По объясненію комментатора австр. гражд. ул. Штубен-

рауха, правило это постановлено въ интересахъ института публичныхъ книгъ. Лицо, пріобрѣвшее право или освободившееся отъ обязательства силою давности, но не испросившее внесенія этого права въ публичныя книги на свое имя или погашенія въ нихъ обязательства, должно уступить третьему частному преемнику (Particularnachfolger), къ которому это право или обязательство перешло отъ прежняго собственника или отъ вѣрителя (т. II, стр. 619, 620; см. также итал. гражд. ул. ст. 2001 и 2030, цюрих. гр. ул., ст. 537 и 538). Институтъ давности можетъ быть сохраненъ, нисколько не нарушая принципа достовѣрности вотчинныхъ книгъ и безповоротности; другими словами, внесенныя въ вотчинную книгу права могутъ быть пріобрѣтаемы и утрачиваемы силою давности; но пока это пріобрѣтеніе или погашеніе права не внесено въ вотчинную книгу, записанное въ ней право считается достовѣрнымъ и можетъ переходить къ третьимъ лицамъ, у которыхъ оно уже становится безповоротнымъ. Такая постановка давности совершенно согласна съ одной стороны съ общимъ положеніемъ, содержащимся въ ст. 14 проекта, по которому вотчинное право, внесенное въ вотчинную книгу, можетъ быть оспорено и уничтожено по судебному рѣшенію; съ другой,—съ началомъ безповоротности, выраженнымъ въ ст. 15 и 16 проекта. Такъ, наприм., лицо А записано въ вотчинной книгѣ собственникомъ имѣнія; лицо Б можетъ на основаніи давности владѣнія этимъ имѣніемъ предъявить споръ противъ права А и просить о внесеніи его, Б, собственникомъ; но если до внесенія записи или отмѣтки о правѣ Б имѣніе перешло отъ А къ В, и онъ внесенъ въ вотчинную книгу собственникомъ, то право послѣдняго не можетъ быть уничтожено. Точно также лицо А (должникъ) можетъ оспаривать на основаніи давности залоговое право Б (кредитора) и просить о погашеніи записи о залогѣ; но если до внесенія этой записи Б передалъ свое право В, то оно безповоротно, т. е. А не можетъ противопоставить ему исковую давность. Въ виду сказаннаго, я полагаю, что вмѣстѣ съ соотвѣтствующимъ измѣненіемъ ст. 7 слѣдуетъ исключить изъ проекта статьи 21, 22, 28, 49 и 400, опредѣляющія случаи примѣненія постановленій о давности [1]).

---

[1]) Ср. *Нейпертъ* „Главныя основанія ипотечной системы", въ Жур. Мин. Юст. за 1895 г. № 9 стр. 26–30.



V.

Перехожу къ разсмотрѣнію въ общихъ чертахъ того, какъ проектъ относится къ правамъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ. Проектъ посвящаетъ этимъ правамъ особую главу (ст. 30—42). Онъ проводитъ различіе между договорами, внесенными и невнесенными въ вотчинную книгу: первые безусловно обязательны для всѣхъ послѣдующихъ пріобрѣтателей правъ по имѣнію, вторые обязательны не безусловно, а съ извѣстными ограниченіями. По дѣйствующему нашему праву и кассаціонной практикѣ договоры, заключенные прежнимъ собственникомъ, обязательны для новаго, за исключеніемъ того случая, когда они заключены должникомъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, и когда они притомъ клонятся ко вреду взыскателя или покупщика (ст. 514, 521, X т., ч. I, 1099, 1100 уст. гр. суд.). Такимъ образомъ наемъ недвижимыхъ имуществъ имѣетъ у насъ, въ отличіе отъ другихъ законодательствъ (австр., саксонск., цюрих., швейцарское), вещный (вотчинный) характеръ. Съ правовой точки зрѣнія взглядъ нашего законодательства на преемственность договоровъ найма недвижимаго имущества и продажи лѣса на срубъ вѣренъ: договоры объ имуществѣ должны быть обязательны не только для участвующихъ въ нихъ лицъ, но и для ихъ преемниковъ, универсальныхъ и сингулярныхъ. Въ противномъ случаѣ договоры эти лишены были бы необходимой для правового порядка устойчивости, и судьба ихъ зависѣла бы отъ неожиданныхъ случайностей. Но законодательной политикѣ нельзя не считаться съ конкретными фактами и съ явленіями обыденной жизни. На практикѣ нерѣдко встрѣчается, «что должники, не имѣя болѣе возможности удержать имѣніе за собою, умышленно обезцѣниваютъ оное посредствомъ заключенія договоровъ найма, установляя ничтожную наемную плату или непомѣрно расширяя права нанимателя за получаемое впередъ и выговариваемое негласно вознагражденіе, либо переводя пользованіе имѣніемъ на имя другого лица только мнимо, а въ дѣйствительности сохраняя за собою всѣ доходы». То же самое можно сказать и относительно договоровъ о продажѣ лѣса на срубъ. Такое положеніе вещей побуждаетъ западно-европейскія законодательства отступать отъ отвлеченныхъ логическихъ нормъ права и объявлять въ извѣстныхъ случаяхъ договоры найма или продажи лѣса на срубъ не обязательными для третьихъ лицъ. Составители нашего будущаго гражданскаго уложенія несомнѣнно посвятятъ этому предмету особое вниманіе; но, не ожидая

изданія уложенія, редакціонная коммиссія, составляя проектъ вотчиннаго устава, должна была нормировать отношеніе означенныхъ договоровъ къ третьимъ лицамъ, насколько это необходимо для цѣлей вотчинной системы.

Проектъ говоритъ отдѣльно: а) о самихъ договорахъ найма и продажи лѣса на срубъ и б) о произведенныхъ по этимъ договорамъ платежахъ, по отношенію тѣхъ и другихъ къ третьимъ лицамъ. Разсматривая постановленія проекта по этимъ предметамъ, слѣдуетъ отмѣтить тѣ изъ постановленій, которыя, по моему мнѣнію, представляются спорными. Права нанимателя недвижимаго имѣнія и покупщика лѣса на срубъ, внесенныя въ вотчинныя книги, становятся вотчинными и потому обязательными для послѣдующихъ пріобрѣтателей правъ по имѣнію и пользуются такимъ же старшинствомъ, какимъ пользуются внесенныя въ вотчинную книгу права въ чужомъ имѣніи (ст. 30 и 177). Такую же обязательную силу имѣютъ внесенные въ вотчинную книгу платежи, произведенные по означеннымъ договорамъ до срока или (по договору найма) болѣе, чѣмъ за годъ впередъ. Изъ этого правила сдѣлано исключеніе для пріобрѣтателя съ публичнаго торга: платежи, произведенные до срока или болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, для него не обязательны, хотя бы внесены были въ вотчинную книгу (ст. 33—38, 191 пр. вотч. уст. и ст. 18 пр. пол. о пор. взыск.). Договоры найма, не внесенные въ вотчинныя книги, подчиняются, по общему правилу, дѣйствующимъ законамъ (ст. 31), но при этомъ проектъ, однако, различаетъ долгосрочные договоры найма отъ краткосрочныхъ: въ случаѣ добровольнаго возмезднаго отчужденія имѣнія, публичной продажи или отсужденія его, заключенный прежнимъ собственникомъ, но невнесенный въ вотчинную книгу договоръ найма, срокъ котораго простирается долѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника, можетъ быть, по требованію сего послѣдняго, прекращенъ съ наступленіемъ въ третьемъ году числа, соотвѣтствующаго числу, назначенному въ договорѣ для окончанія его дѣйствія (ст. 32). Договоръ о продажѣ лѣса на срубъ, не внесенный въ вотчинную книгу, по общему правилу, не обязателенъ для новаго собственника имѣнія. Только при добровольномъ возмездномъ отчужденіи имѣнія для пріобрѣтателя его обязателенъ договоръ, исполненіе котораго онъ принялъ на себя по соглашенію съ прежнимъ собственникомъ (ст. 37). Здѣсь необходимо отмѣтить, что проектъ, въ огражденіе интересовъ взыскателей и пріобрѣтателей имѣнія съ публичнаго торга, крайне ограничиваетъ по отношенію къ нимъ дѣйствіе догоровъ найма и продажи

лѣса на срубъ. Въ этомъ направленіи проектъ идетъ далѣе устава гр. суд. Такъ, со времени внесенія записи (отмѣтки?) объ обращеніи взысканія собственникъ не имѣетъ права заключать договоры продажи лѣса на срубъ—безусловно, а найма на срокъ свыше года; такіе договоры не обязательны для покупщика съ публичнаго торга. Договоръ найма, заключенный даже на срокъ не свыше года, можетъ быть уничтоженъ, по просьбѣ взыскателя или покупщика, если клонится къ ихъ вреду (ст. 17 проекта положенія о порядкѣ взысканія и пр.). Выше я уже замѣтилъ, что проводимое редакціонною коммиссіею различіе между возмезднымъ и безмезднымъ отчужденіемъ *вообще* не вызывается сущностью вотчинной системы, представляется нецѣлесообразнымъ и можетъ порождать практическія затрудненія. По-этому и относительно дѣйствія разсматриваемыхъ договоровъ слѣдовало-бы устранить это различіе по отношенію къ безмезднымъ сдѣлкамъ между живыми. Вопросъ о томъ, какой договоръ найма должно считать долгосрочнымъ и какой краткосрочнымъ — есть въ сущности questio facti: это зависитъ отъ разныхъ экономическихъ условій и отъ хозяйственнаго быта той или другой мѣстности, но по проекту краткосрочнымъ считается договоръ, дѣйствіе котораго простирается не далѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника. По мысли составителей проекта для прекращенія долгосрочнаго договора не требуется наличности вреда или убыточности договора для новаго собственника; это требуется лишь для краткосрочныхъ договоровъ, такъ какъ они подчиняются дѣйствующему закону (ст. 1100 уст. гр. суд.; ср. ст. 17 пр. пол. о порядкѣ взысканія и пр.). Достаточно заявленія требованія со стороны новаго собственника, и долгосрочный договоръ найма прекращается въ указанный проектомъ срокъ. Но въ такомъ случаѣ слѣдовало бы, по моему мнѣнію, въ интересахъ нанимателя, принять болѣе продолжительный срокъ для наемнаго договора, признаваемаго краткосрочнымъ (какъ, напр., во франц. правѣ 18 лѣтъ, въ итал. 9 лѣтъ). Редакціонная коммиссія не придаетъ также значенія тому, зналъ ли новый собственникъ во время пріобрѣтенія имѣнія о существованіи долгосрочнаго договора найма или договора продажи лѣса на срубъ; онъ не прекращается въ томъ лишь случаѣ, когда новый пріобрѣтатель принялъ на себя обязанность исполнить договоръ (ст. 32 въ концѣ, 37 и 39). По моему мнѣнію, знаніе пріобрѣтателя о существованіи договора должно имѣть рѣшающее вліяніе на дальнѣйшую его судьбу; признаки такой извѣстности могутъ быть установлены, напр., тѣмъ, что пріобрѣтателю предъявленъ былъ самый до-

говоръ или ему сообщено было прежнимъ собственникомъ о существованіи договора или что на глазахъ пріобрѣтателя производились нанимателемъ или покупщикомъ лѣса работы въ отчуждаемомъ имѣніи или лѣсѣ. Если проектъ признаетъ платежи, произведенные по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ, обязательными для новаго пріобрѣтателя (по договору), которому во время пріобрѣтенія имѣнія тѣ платежи были *извѣстны* (ст. 34, 35 и 38), то и самые договоры должны бы считаться обязательными, если пріобрѣтатель зналъ объ ихъ существованіи. Необходимо здѣсь отмѣтить редакціонную неточность ст. 32 проекта; проводя различіе между долгосрочнымъ и краткосрочнымъ договоромъ найма, статья эта опредѣляетъ ихъ значеніе для пріобрѣтателей имѣнія въ случаѣ добровольнаго возмезднаго отчужденія, публичной продажи или отсужденія имѣнія Здѣсь, какъ мы уже упомянули, говорится о договорахъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу. Редакція этой статьи даетъ поводъ думать, что соглашеніе о принятіи пріобрѣтателемъ на себя обязанности исполнить договоръ (ст. 32 въ концѣ) относится ко всѣмъ указаннымъ случаямъ перехода имѣнія. Но едва-ли возможно соглашеніе по этому предмету между пріобрѣтателемъ имѣнія съ публичнаго торга или лицомъ, коему присуждено имѣніе, и прежнимъ собственникомъ (должникомъ или отвѣтчикомъ по дѣлу), такъ какъ въ этихъ случаяхъ переходъ имѣнія совершается помимо воли прежняго собственника, понудительнымъ способомъ. Ст. 39 проекта дѣйствительно ограничивается уже только *договоромъ* объ отчужденіи имѣнія и не упоминаетъ о публичной продажѣ и отсужденіи имѣнія. Статья эта постановляетъ, что при заключеніи *договора* объ отчужденіи имѣнія отчуждающій долженъ... 2) выговорить принятіе пріобрѣтателемъ на себя обязанности исполнять тѣ изъ договоровъ (найма и продажи лѣса на срубъ), обязательная сила которыхъ для пріобрѣтателя обусловливается изъявленіемъ имъ согласія на исполненіе ихъ. Точно также относительно договора продажи лѣса на срубъ ст. 37 постановляетъ, что при *добровольномъ возмездномъ отчужденіи* имѣнія для пріобрѣтателя его обязателенъ и такой договоръ (невнесенный въ вотчинную книгу), исполненіе котораго пріобрѣтатель принялъ на себя по соглашенію съ прежнимъ собственникомъ. Слѣдовало бы поэтому конецъ статьи 32 изложить такъ: «при *добровольномъ отчужденіи* не можетъ требовать прекращенія найма тотъ, кто по соглашенію съ прежнимъ собственникомъ принялъ на себя обязанность исполнить договоръ найма», хотя, собственно говоря, такое правило представляется излишнимъ, такъ какъ оно само собою вы-

текаетъ изъ того положенія, что всякое принятое кѣмъ-либо на себя обязательство подлежитъ исполненію. Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что предлагаемая редакція была бы правильна только съ точки зрѣнія составителей проекта, по которой необходимо *положительное* принятіе пріобрѣтателемъ на себя обязанности исполнять договоры найма и продажи лѣса на срубъ. Съ нашей же точки зрѣнія для обязательности этихъ договоровъ достаточно, чтобы пріобрѣтателю, какъ при добровольномъ отчужденіи, такъ и при публичной продажѣ было извѣстно ихъ существованіе въ моментъ пріобрѣтенія имѣнія; тогда не представляется никакой надобности въ положительномъ изъявленіи имъ согласія на исполненіе этихъ договоровъ, такъ что постановленія статей 32 (въ концѣ), 37, вторая часть, и 39 (п. 2)— подлежатъ соотвѣтственному измѣненію. Такая извѣстность можетъ быть установлена: при добровольномъ отчужденіи сообщеніемъ пріобрѣтателю имѣнія о существующихъ договорахъ (п. 1, ст. 39) или предъявленіемъ ему послѣднихъ, а при публичной продажѣ заявленіемъ должника о заключенныхъ договорахъ при описи и включеніемъ ихъ въ послѣднюю (ср. ст. 40 и п. 4 ст. 42 пр. пол. о пор. взысканія). Если же пріобрѣтателю означенные договоры не были извѣстны, то долгосрочный наемъ и договоръ о продажѣ лѣса на срубъ (когда они, разумѣется, не внесены въ вотчинную книгу) необязательны для пріобрѣтателя и прекращаются, по его требованію, въ указанный проектомъ срокъ; краткосрочный же договоръ найма для него обязателенъ, но прежній собственникъ отвѣчаетъ за убытки, согласно статьѣ 40 проекта (ср. ст. 18 пр. пол. о порядкѣ взысканія). Мы уже упоминали о томъ, что прямымъ послѣдствіемъ внесенія договоровъ найма и продажи лѣса на срубъ въ вотчинную книгу является обязательность ихъ для всѣхъ третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ послѣ этого внесенія «права по имѣнію». Такое положеніе выражено въ ст. 30 «проекта». Подъ «права по имѣнію» подходитъ и право собственности (ср. объясненія подъ ст. 30—32). Въ виду такого общаго положенія представляется, по моему мнѣнію, излишнею ст. 37 (первая часть), постановляющая, что для новаго собственника обязательны только тѣ договоры о продажѣ лѣса на срубъ, которые были внесены въ вотчинную книгу до внесенія въ нее новаго собственника.

Постановляя правила, опредѣляющія отношеніе договоровъ найма къ третьимъ лицамъ, редакціонная коммиссія (т. I, стр. 225) имѣла въ виду согласовать возможно болѣе справедливымъ образомъ противоположные интересы нанимателей, вотчинныхъ кредиторовъ и

пріобрѣтателей имѣнія. Въ этихъ цѣляхъ наемные договоры подчинены дѣйствію начала вотчинной гласности и старшинства. Право нанимателя, внесенное въ вотчинную книгу, проектъ называетъ правомъ вотчиннымъ, слѣдуя въ этомъ отношеніи примѣру остзейскихъ гражд. законовъ (ст. 4045) и нѣкоторыхъ иностранныхъ законодательствъ (1095 австр. гр. ул., 1512, 1523 и 1546 цюрих. гр. ул.). Въ силу тѣхъ же началъ гласности и старшинства право покупщика лѣса на срубъ, внесенное въ вотчинную книгу, признается вотчиннымъ правомъ. Относительно же платежей, произведенныхъ по договору найма и продажи лѣса на срубъ до срока или (по договору найма) болѣе чѣмъ за годъ впередъ, редакціонная коммиссія полагаетъ, что платежи эти, хотя и внесенные въ вотчинную книгу, не обязательны для пріобрѣтателя имѣнія съ публичнаго торга (ст. 34, 35, 36 и 38); они обязательны лишь въ случаѣ добровольнаго отчужденія или отсужденія имѣнія. При добровольномъ отчужденіи означенные платежи обязательны даже тогда, когда они не внесены въ вотчинную книгу, но извѣстны были пріобрѣтателю имѣнія во время заключенія договора (тамъ же). По моему мнѣнію, начала гласности и старшинства должны имѣть примѣненіе, относительно обязательности произведенныхъ платежей, и къ пріобрѣтателямъ съ публичнаго торга. Аргументація составителей проекта по этому предмету не убѣдительна. «Полученные собственникомъ, сказано въ объясненіяхъ, платежи наемныхъ денегъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ или ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока, могутъ имѣть существенное значеніе при публичной продажѣ имѣнія. Несомнѣнно, что если имѣніе въ продолженіе нѣсколькихъ лѣтъ дастъ незначительный доходъ или даже никакого дохода приносить не будетъ, то можетъ вовсе не явиться желающихъ купить оное, или цѣна, предложенная за имѣніе, окажется настолько несоотвѣтствующею цѣнности имѣнія, что не покроетъ требованій вотчинныхъ кредиторовъ». Но вѣдь и долгосрочный наемъ и продажа лѣса на срубъ могутъ имѣть существенное значеніе при публичной продажѣ и устранить желающихъ купить имѣніе, а тѣмъ не менѣе договоры эти обязательны для покупщика, если они внесены въ вотчинную книгу до внесенія въ нее новаго собственника (ср. ст. 100 и 173 пр. полож. о порядкѣ взысканія). Установляя обязательность для пріобрѣтателя имѣнія съ публичнаго торга внесенныхъ въ вотчинную книгу платежей, произведенныхъ до срока или болѣе чѣмъ за годъ впередъ, можно было бы вмѣстѣ съ тѣмъ постановить, въ интересахъ вотчинныхъ кредиторовъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу ранѣе внесенія платежей (платежи, вне-

сенные ранѣе статьи о залоговомъ требованіи, безусловно обязательны для вотчиннаго кредитора, въ силу 2 ч. ст. 77 проекта), что прежній собственникъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные этимъ кредиторамъ вслѣдствіе обязательности платежей (ср. ст. 40).

ПУБЛИЧНАЯ ПРОДАЖА ЗАЛОЖЕННАГО НЕДВИЖИМАГО ИМѢНІЯ.

Принудительная продажа недвижимаго имѣнія должника составляетъ одинъ изъ выдающихся и рѣшительныхъ моментовъ въ процессѣ исполненія. Самой продажѣ или производству торга предшествуютъ возможно точное опредѣленіе объекта продажи, цѣны его и обнародованіе объявленій о мѣстѣ и днѣ торга. Цѣль публичной продажи—понудительное погашеніе присужденныхъ взысканій, обращенныхъ на недвижимое имѣніе должника. Какъ для добровольной, такъ и для принудительной продажи необходимо только, чтобы продаваемое имѣніе принадлежало должнику. Лежащія же на имѣніи обремененія и ограниченія не препятствуютъ публичной продажѣ: они или переходятъ вмѣстѣ съ имѣніемъ къ новому пріобрѣтателю, или же погашаются вырученною за имѣніе суммою. Не препятствуетъ также публичной продажѣ нахожденіе продаваемаго имѣнія въ спорѣ. Производство по публичной продажѣ пріостанавливается въ томъ лишь случаѣ, когда судомъ постановлено о наложеніи на то имѣніе запрещенія (ст. 1114, 1198 и 1199 уст.). Но для желающихъ участвовать въ торгѣ всѣ свѣдѣнія о правахъ на имѣніе и о спорахъ имѣютъ весьма важное значеніе, для того, чтобы изъ сравненія оцѣнки имѣнія съ лежащими на немъ вещными правами и ограниченіями вывести заключеніе о томъ, въ какой мѣрѣ оріобрѣтеніе имѣнія представляется выгоднымъ и какая высшая цѣна можетъ быть предложена за это имѣніе. Поэтому въ описи должно быть показано, кому принадлежитъ описываемое имѣніе, не состоитъ ли оно въ общемъ владѣніи съ кѣмъ либо другимъ и на какомъ правѣ, не заложено ли оно и въ какую именно сумму (п. 4, ст. 1103 уст. гражд. суд.), какіе заключены по имѣнію договоры (п. 4, ст. 1104), а спорные участки вносятся въ опись съ показаніемъ, гдѣ разсматривается о нихъ дѣло (ст. 1114). Уставъ

гражд. суд., несмотря на подробное регламентированіе порядка публичной продажи недвижимыхъ имѣній, недостаточно ясно и полно опредѣляетъ порядокъ продажи заложеннаго имѣнія. Это порождаетъ, какъ въ судебной практикѣ, такъ и въ юридической литературѣ неустойчивость во взглядахъ и разномысліе. Проектируемая у насъ ипотечная система кореннымъ образомъ измѣнитъ порядокъ публичной продажи имѣній и урегулируетъ отношенія залогодержателей къ продаваемому имѣнію. Но, пока у насъ ипотечный уставъ не введенъ, мы должны уяснить себѣ на основаніи дѣйствующихъ законовъ, въ чемъ именно заключаются права залогодержателей въ случаѣ публичной продажи заложеннаго имѣнія. Это необходимо сдѣлать въ интересахъ кредита и его обезпеченія. Я остановлюсь на этомъ вопросѣ преимущественно съ процессуально-правовой стороны.

I.

Отношеніе залогодержателя къ продаваемому заложенному имѣнію бываетъ двоякое: а) онъ можетъ участвовать въ процессѣ исполненія въ качествѣ *взыскателя*, обратившаго присужденное ему взысканіе по просроченной закладной на заложенное имѣніе; б) отношеніе его (залогодержателя) къ продаваемому имѣнію ограничивается только тѣмъ, что оно состоитъ у него въ залогѣ, т. е. онъ до наступленія срока закладной и до обращенія взысканія на заложенное имѣніе является *третьимъ лицомъ* въ процессѣ исполненія, а не стороною. Какія права имѣетъ залогодержатель—взыскатель? Въ уставѣ содержится весьма мало указаній по этому предмету. До дня публичной продажи, имѣніе, описанное вслѣдствіе взысканія залогодержателя, поступаетъ, по его требованію, въ его управленіе и ему предоставляется пользоваться вмѣсто процентовъ доходами имѣнія (ст. 1129). Наступаетъ день торга. Во время производства торга залогодержатель-взыскатель пользуется правами взыскателя вообще. Онъ можетъ принимать участіе въ торгѣ наравнѣ со всѣми желающими пріобрѣсть имѣніе. Нѣкоторыя особенности положенія залогодержателя замѣчаются уже по окончаніи торга. Если онъ, принимая участіе въ торгѣ, предложилъ за имѣніе высшую цѣну, то вмѣсто наличныхъ денегъ онъ можетъ въ счетъ покупной суммы внести свое взысканіе по закладной, которая принимается въ уплату слѣдующею по ней капитальною суммою съ процентами. Этимъ правомъ залогодержатель-взыскатель пользуется и въ томъ случаѣ, когда кромѣ него

на имѣніе обратили свои взысканія еще другіе *личные* кредиторы и когда вырученная за имѣніе сумма недостаточна на удовлетвореніе всѣхъ взысканій (ст. 1166—1168 устава). Право залогодержателя обезпечено продаваемымъ имѣніемъ; оно и отвѣтствуетъ при неисправности залогодателя. Залоговое право не можетъ быть поколеблено тѣмъ обстоятельствомъ, что на продаваемое имѣніе обращены личныя взысканія. Они удовлетворяются только изъ остатка, образовавшагося за погашеніемъ капитальной суммы съ процентами по закладной и за уплатою числящихся на имѣніи по день продажи недоимокъ и издержекъ (ст. 1163 и 1215 устава). Остатокъ этотъ можетъ образоваться въ томъ случаѣ, когда предложенная залогодержателемъ покупная цѣна *превышаетъ* сумму капитала съ процентами по закладной, недоимокъ по имѣнію и издержекъ по производству описи и продажи. Но высшая покупная цѣна, предложенная залогодержателемъ, можетъ равняться указанной суммѣ или можетъ быть меньше ея; она даже можетъ быть меньше суммы, слѣдующей залогодержателю, хотя и выше оцѣнки. Въ этихъ случаяхъ покупщикъ-залогодержатель вноситъ только наличныя деньги на покрытіе недоимокъ и издержекъ, въ остальной же покупной цѣнѣ производится зачетъ, т. е. принимается въ уплату самое взысканіе по залогу (ст. 1163 и 1168 устава). Остальные же *личные* кредиторы, обратившіе взысканіе на имѣніе, ничего не получаютъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что какова бы ни была покупная цѣна, за которую имѣніе пріобрѣтено залогодержателемъ - взыскателемъ (хотя бы она была меньше залоговой суммы), претензія его погашается сполна и онъ не вправѣ обращать взысканіе на другое имущество должника, такъ какъ заложенное имущество служитъ единственнымъ источникомъ удовлетворенія залогодержателя. Вопросъ нѣсколько усложняется, если залогодержатель - взыскатель не участвовалъ въ торгѣ и предложенная кѣмъ либо изъ торгующихся высшая цѣна не достигаетъ суммы, слѣдующей залогодержателю, хотя она и выше оцѣнки. Признать ли торгъ состоявшимся, или нѣтъ? Въ уставѣ нѣтъ точныхъ указаній по этому предмету. «Если, сказано въ 1187 ст., высшая предложенная на торгахъ цѣна будетъ ниже той, въ которую имѣніе заложено, то надлежитъ поступить по правилу, изложенному въ статьѣ 1068».. А ст. 1068 говоритъ: «новый торгъ можетъ быть назначенъ на общемъ основаніи: 1) когда все заложенное имущество будетъ, прежде срока закладной, назначено въ продажу по требованію кредиторовъ закладчика и высшая предложенная на торгѣ цѣна будетъ менѣе той суммы, которую слѣдуетъ уплатить залого-

держателю; 2) когда закладодержатель не пожелаетъ оставить имущества за собою». Эта послѣдняя коренная статья неудовлетворительно редактирована, возбуждаетъ на практикѣ серьезныя сомнѣнія и не разъ была обсуждаема въ рѣшеніяхъ правительствующаго сената и въ юридической литературѣ. Къ поставленному нами вопросу непосредственно относится 2 п. 1068 ст., такъ какъ 1 п. этой статьи относится къ залогодержателю, не обратившему взысканія на заложенное имѣніе вслѣдствіе ненаступленія срока закладной (см. ниже). Мы утверждаемъ, что 2 п. ст. 1068 говоритъ о залогодержателѣ-*взыскателѣ* потому, что оставлять имущество за собою можетъ только взыскатель, т. е. тотъ, кому уже присуждено взысканіе, и кто обратилъ это взысканіе на имѣніе должника (ст. 1171 и 1175). Смыслъ упомянутаго 2 п., который можетъ быть понятъ не иначе, какъ въ связи съ содержаніемъ 1 п. ст. 1068, показываетъ, что въ случаѣ предложенія кѣмъ-либо изъ торгующихся высшей цѣны, не достигающей, однако, суммы, слѣдующей залогодержателю-взыскателю, отъ сего послѣдняго зависитъ оставить имѣніе за собою или просить о производствѣ новаго торга. Въ обоихъ случаяхъ торгъ слѣдуетъ считать несостоявшимся, такъ какъ право взыскателя удержать имѣніе за собою или просить о производствѣ новаго торга уже предполагаетъ, что первый торгъ не состоялся (ст. 1171). Отсюда видно, что кромѣ трехъ, перечисленныхъ въ ст. 1170 случаевъ, когда торгъ признается несостоявшимся, есть еще *четвертый*, а именно: когда высшая предложенная цѣна ниже той, въ которую имѣніе заложено. Такой взглядъ высказанъ уже сенатомъ въ рѣш. 1876 г., № 93; 1883 г., № 68; 1885 г., №№ 2 и 8. Однако, между первыми тремя перечисленными въ законѣ случаями и четвертымъ есть существенная разница. По ст. 1170 торгъ признается несостоявшимся *безусловно и независимо отъ желанія или нежеланія взыскателей*, въ трехъ случаяхъ: 1) если не явится желающихъ торговаться или явится только одинъ; 2) если изъ явившихся никто не сдѣлаетъ надбавки противъ оцѣнки; 3) если по окончаніи торга покупщикъ, внеся задатокъ, не уплатитъ остальной суммы въ срокъ. Въ четвертомъ же случаѣ признаніе торга несостоявшимся *зависитъ отъ воли залогодержателя-взыскателя* Мы уже выше видѣли, что онъ самъ можетъ предложить высшую цѣну, которая, однако, ниже суммы закладной, и торгъ считается состоявшимся. Точно также, если такая цѣна предложена другимъ лицомъ, то залогодержатель-взыскатель, въ интересахъ котораго собственно и постановлено правило ст. 1068, можетъ изъявить согласіе на оставленіе имѣнія за пред-

ложившимъ высшую цѣну, и тогда, понятно, торгъ признается состоявшимся. На это, между прочимъ, указываетъ выраженіе «новый торгъ *можетъ* быть назначенъ» (ст. 1068), такъ какъ въ указанныхъ въ 1068 ст. случаяхъ торгъ признается несостоявшимся не безусловно и не всегда.

Изложенное показываетъ, что когда залогодержатель является вмѣстѣ съ тѣмъ взыскателемъ, то предложеніе на торгѣ высшей цѣны, не достигающей суммы закладной, не служитъ безусловнымъ основаніемъ къ признанію торга несостоявшимся. Такое признаніе возможно лишь по инициативѣ залогодержателя-взыскателя. Онъ можетъ самъ купить имѣніе съ публичнаго торга или оставить имущество за собою въ полное удовлетвореніе долга по закладной или просить о назначеніи новаго торга, или же предоставить имѣніе тому, кто предложилъ за него высшую сумму. Въ первомъ и послѣднемъ случаѣ торгъ признается состоявшимся, и залогодержатель въ послѣднемъ случаѣ получаетъ вырученную за имѣніе сумму за вычетомъ изъ нея денегъ, слѣдующихъ на покрытіе недоимокъ и издержекъ. Другіе же *личные* кредиторы - взыскатели не могутъ требовать производства новаго торга, такъ какъ ст. 1187 и 1068 постановлены только въ интересахъ залогодержателей; по отношенію же къ другимъ взыскателямъ должны имѣть примѣненіе исключительно ст. 1170, перечисляющая случаи, когда торгъ eo ipso признается несостоявшимся, и ст. 1171, предоставляющая въ этихъ случаяхъ кредиторамъ просить о назначеніи новаго торга. Нельзя поэтому утверждать, что и въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 1068, торгъ признается несостоявшимся ipso jure, въ силу самаго закона, и что въ этихъ случаяхъ судебный приставъ обязанъ ex officio объявить торгъ несостоявшимся.

Вообще слѣдуетъ замѣтить, что при толкованіи статей 1187 и 1068 нужно постоянно имѣть въ виду, что онѣ установлены единственно въ охраненіе залогового права, которое обезпечено продаваемымъ имѣніемъ, служащимъ единственнымъ источникомъ удовлетворенія залогодержателя. Лежащее на имѣніи залоговое право заслоняетъ собою всѣ обращенныя на имѣнія личныя взысканія и поэтому только отъ обладателя этого права зависитъ судьба торга, на которомъ предложена цѣна ниже суммы залога.

II.

Перехожу къ разсмотрѣнію второго рода отношенія залогодержателя къ продаваемому имѣнію, т. е. когда срокъ платежа по заклад-

ной еще не наступилъ или вообще, когда заложенное имѣніе назначено въ продажу по «частному» (личному) взысканію. Въ этомъ случаѣ залогодержатель, какъ я уже сказалъ, не принимаетъ участія въ процессѣ исполненія, а является *третьимъ* лицомъ. Какими же правами пользуется такой залогодержатель при продажѣ заложеннаго имѣнія съ публичнаго торга? Законъ и здѣсь преподаетъ правила, имѣющія цѣлью ограждать связанное съ продаваемымъ имѣніемъ залоговое право. Лежащее на имѣніи залоговое право само по себѣ не препятствуетъ публичной продажѣ этого имѣнія вслѣдствіе обращенія на него личныхъ взысканій, *лишь бы не были нарушены права залогодержателя*. Но этому послѣднему должна быть дана возможность ограждать свои права, онъ долженъ быть поставленъ въ извѣстность о назначеніи заложеннаго имѣнія въ публичную продажу и о послѣдствіяхъ торга (ст. 1183, 1185 и 1186 устава). Замѣтимъ, что такое извѣщеніе установлено только относительно залогодержателя—третьяго лица, не участвующаго въ процессѣ исполненія. При этомъ безразлично, является ли залогодержателемъ частное лицо или кредитное установленіе (тамъ же). Извѣщеніе залогодержателя о назначеніи заложеннаго имѣнія въ публичную продажу налагаетъ на него *обязанность* увѣдомить немедленно мѣсто, при которомъ производится продажа, «о суммѣ, слѣдующей къ переводу на покупщика, и о порядкѣ ея уплаты на условіяхъ сдѣланнаго займа» (ст. 1184 и 1185). А если залогодержатель не исполнитъ этой обязанности до дня публичной продажи, или если залогодержатель не былъ извѣщенъ о назначеніи имѣнія въ продажу по неизвѣстности его мѣстожительства (ст. 1185)? Достойно замѣчанія, что этотъ вопросъ предусмотрѣнъ былъ въ проектѣ устава гражд. суд. По этому проекту залогодержатель (кредитное установленіе или частное лицо) обязанъ увѣдомить мѣсто, при которомъ производится продажа, желаетъ ли онъ, чтобы числящійся на имѣніи долгъ былъ переведенъ на покупщика или *чтобы изъ покупной цѣны была удержана вся капитальная сумма долга съ процентами по день уплаты*. Если до дня публичной продажи не будетъ получено отзыва кредитнаго установленія или лица, коему заложено имѣніе, то числящійся на имѣніи долгъ переводится на покупщика. Правило это примѣняется и въ томъ случаѣ, когда неизвѣстно мѣсто жительства залогодержателя (кн. 4 ст. 410 и 412). По мысли составителей проекта нѣтъ основанія къ пріостановленію продажи заложеннаго имѣнія въ случаѣ неполученія отъ залогодержателя отзыва, такъ какъ обезпеченіемъ уплаты долга залогодержателю служитъ не личность владѣющаго заложеннымъ имѣ-

ніемъ, а самое имѣніе, на которое поэтому и переводится долгъ по залогу (объяснительная записка, ч. 2, стр. 196). При разсмотрѣніи этихъ правилъ проекта въ соединенныхъ департаментахъ государственнаго совѣта сдѣлано было возраженіе только противъ права залогодержателя требовать уплаты изъ покупной цѣны долга по закладной, такъ какъ залогодатель обязанъ платить занятыя имъ деньги только въ условный срокъ, до наступленія же этого срока залогодержатель можетъ только требовать, чтобы продаваемое имѣніе продолжало служить обезпеченіемъ произведеннаго подъ оное займа (журналъ гос. сов., стр. 67, 80 и 81). Поэтому ст. 1184 устава редактирована въ томъ смыслѣ, что залогодержатель обязанъ увѣдомить только о суммѣ, слѣдующей къ переводу на покупщика. Хотя правило проекта о переводѣ долга на покупщика въ случаѣ неполученія отзыва отъ залогодержателя (ст. 412) не встрѣтило возраженія въ соединенныхъ департаментахъ, но при окончательномъ редактированіи устава сочли излишнимъ включить въ него такое правило, такъ какъ оно вытекаетъ изъ понятія залога и само собою подразумѣвается. Итакъ, неполученіе до дня публичной продажи отзыва отъ залогодержателя не препятствуетъ производству торга, и долгъ по закладной долженъ быть переведенъ на покупщика. Но какъ быть, если высшая предложенная на торгѣ цѣна ниже суммы, въ которую имѣніе заложено? И здѣсь мы располагаемъ весьма скудными и неясно редактированными указаніями нашего устава. Въ этомъ случаѣ ст. 1187 предписываетъ поступать по правилу, изложенному въ статьѣ 1068. Выше мы уже коснулись этой послѣдней статьи и выяснили, что 2 пун. ст. 1068 предусматриваетъ тотъ случай, когда имѣніе назначено въ продажу по требованію залогодержателя, т. е., когда онъ является взыскателемъ. Слѣдовательно, къ нашему вопросу можетъ относиться лишь 1 пун. ст. 1068, по которой новый торгъ можетъ быть назначенъ, когда все заложенное имущество будетъ прежде срока закладной назначено въ продажу по требованію кредиторовъ закладчика и высшая предложенная на торгѣ цѣна будетъ менѣе той суммы, которую слѣдуетъ уплатить закладодержателю. Очевидно, что въ этомъ случаѣ на покупщика не можетъ быть переведенъ долгъ по закладной, такъ какъ цѣна, имъ предлагаемая, менѣе этого долга, и посему, вообще говоря, торгъ этотъ нельзя считать состоявшимся (развѣ на это согласится залогодержатель); въ противномъ случаѣ, было бы нарушено залоговое право третьяго лица—залогодержателя. Здѣсь мы дѣйствительно видимъ, что законъ tacito consensu допускаетъ еще одинъ случай несостоявшагося торга сверхъ тѣхъ, которые прямо

перечислены въ ст. 1170, на что уже указано сенатомъ въ рѣшеніи 1876 года, № 93. Дальнѣйшая судьба назначеннаго въ продажу имѣнія зависитъ отъ *личныхъ* взыскателей. По моему мнѣнію, они могутъ удержать за собою имѣніе съ переводомъ на себя долга по закладной. Если законъ предоставляетъ кредиторамъ право во всѣхъ трехъ случаяхъ, когда торгъ признается несостоявшимся, удержать имѣніе за собою въ той суммѣ, съ которой начался торгъ (ст. 1171), то нѣтъ основанія не допускать этого и въ разбираемомъ нами случаѣ, съ тою только разницею, что вмѣстѣ съ имѣніемъ переходитъ и лежащій на немъ долгъ по залогу. Въ такомъ случаѣ покупная цѣна имѣнія составится изъ суммы залога съ процентами и денегъ, слѣдующихъ на покрытіе недоимокъ и издержекъ. Для взыскателей можетъ быть гораздо выгоднѣе оставить имѣніе за собою на указанныхъ условіяхъ, чѣмъ просить о производствѣ новаго торга; интересы же залогодержателя отъ этого нисколько не пострадаютъ, ибо его претензія обезпечивается самимъ имѣніемъ. Само собою разумѣется, что, оставляя за собою продаваемое имѣніе, личный взыскатель сохраняетъ право обратить свое взысканіе, оставшееся неудовлетвореннымъ, на другое имущество должника.

Если кредиторы-взыскатели не желаютъ оставить имѣніе за собою на указанныхъ условіяхъ, то они могутъ просить о производствѣ новаго торга (ст. 1171, 1187 и 1068). Если же такая просьба не заявлена, то они могутъ обратить взысканіе на другое имущество должника, а заложенное имѣніе освобождается отъ продажи. Словомъ, дальнѣйшее направленіе дѣла о продажѣ въ разсматриваемомъ случаѣ зависитъ отъ инипіативы взыскателей, какъ лицъ, участвующихъ въ процессѣ исполненія. Но залогодержатель, *не состоя взыскателемъ*, не имѣетъ права ни удержать имѣніе за собою, ни просить о назначеніи новаго торга, ибо, какъ объяснено мною въ другомъ мѣстѣ, залогодержатель является третьимъ лицомъ по отношенію къ процессу исполненія и его интересъ заключается лишь въ томъ, чтобы имѣніе обезпечивало его залоговое право (Движеніе русскаго гражданскаго процесса, стр. 204 и слѣд.). Замѣчу, что по проекту устава предполагалось постановить, что въ разбираемомъ случаѣ, т. е. когда имѣніе назначено въ продажу до срока закладной и когда высшая предложенная цѣна менѣе суммы, въ которую имѣніе заложено, торгъ признается *недѣйствительнымъ* (выраженіе не точное: слѣдовало сказать—несостоявшимся) и назначеніе новаго торга предоставляется *усмотрѣнію залогодержателя* (ст. 286). Но противъ этого въ соединенныхъ департаментахъ государственнаго совѣта совершенно

справедливо замѣтили, что хотя залогодержатель и имѣетъ преимущественное, въ сравненіи съ прочими личными кредиторами, право на то имущество должника, которое состоитъ у него въ залогѣ, но до наступленія срока закладной онъ не долженъ и не можетъ имѣть права требовать обращенія залога на удовлетвореніе его претензіи. Поэтому соединенные департаменты положили исправить ст. 286 въ томъ смыслѣ, что назначеніе новаго торга на имущество, за которое на первомъ торгѣ не была выручена сумма, слѣдующая къ уплатѣ залогодержателя, не предоставляется исключительно усмотрѣнію сего послѣдняго, если срокъ взысканія по закладной еще не наступилъ, *но должно зависѣть отъ усмотрѣнія прочихъ кредиторовъ*. Равнымъ образомъ, если срокъ закладной уже наступилъ, но залогодержатель не желаетъ оставить закладъ за собою, то новый торгъ на оный можетъ быть назначенъ на общемъ основаніи (журналъ Государственнаго Совѣта, стр. 67). Эти разсужденія и послужили основаніемъ редакціи ст. 1068, первый пунктъ которой, какъ мы видѣли, относится къ залогодержателю вообще, второй же—къ залогодержателю-взыскателю.

III.

Разсмотримъ теперь права залогодержателей въ случаѣ назначенія *новаго* (втораго) торга. Здѣсь мы встрѣчаемся съ вопросомъ, возбуждающимъ разногласіе въ литературѣ и среди судебныхъ дѣятелей. Можетъ ли заложенное имѣніе быть продано на второмъ торгѣ за цѣну ниже той, въ которой имѣніе заложено? Слѣдуетъ различать двоякое отношеніе залогодержателя къ публичной продажѣ заложеннаго имѣнія: а) въ качествѣ взыскателя, б) въ качествѣ третьяго лица. Залогодержатель-взыскатель *можетъ* оставить имѣніе за собою или просить о назначеніи новаго торга, если высшая предложенная на *первомъ* торгѣ цѣна ниже суммы, въ которую имѣніе заложено. Относительно же *втораго* торга есть достаточное основаніе утверждать, что если высшая предложенная цѣна ниже залоговой суммы, имѣніе должно быть укрѣплено за тѣмъ, кто предложилъ высшую цѣну. Согласно ли такое положеніе съ закономъ, справедливо ли оно? По моему мнѣнію, да. Ст. 1068, на которую ссылается ст. 1187, очевидно, относится къ *первому*, а не *второму* торгу (на это указываетъ начало статьи «новый торгъ можетъ быть назначенъ»). Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что уставъ допускаетъ только возможность втораго, а не третьяго торга. Ст. 1182

выражаетъ общее правило, что на второмъ торгѣ имѣніе можетъ быть продано и ниже оцѣнки, изъ чего слѣдуетъ, что оно можетъ быть продано за цѣну ниже той суммы, въ которую имѣніе заложено, такъ какъ первоначальная оцѣнка можетъ быть ниже суммы закладной. По отношенію къ залогодержателю-*взыскателю* такое положеніе совершенно справедливо. Его залоговое право, обезпеченное продаваемымъ имѣніемъ, уже созрѣло и можетъ быть реализовано. Отъ него зависитъ сдѣлать самую незначительную надбавку противъ предложенной цѣны и даже предложить на торгѣ цѣну, равную суммѣ залога; тогда за нимъ будетъ укрѣплено имѣніе, какъ за лицомъ, предложившимъ высшую цѣну,— и такимъ путемъ онъ получилъ бы полное удовлетвореніе по закладной. Онъ можетъ также заявить объ оставленіи имѣнія за собою (к. р. №№ 68—83 г., 132—85 г.). Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что пріобрѣтетъ-ли залогодержатель заложенное имѣніе за цѣну, низшую или равную суммѣ залога,— въ обоихъ случаямъ его залоговое право вполнѣ погашается, и *закладная принимается въ уплату покупной цѣны*. Но онъ, почему бы то ни было, не желаетъ пріобрѣсти имѣніе; онъ предпочитаетъ получить удовлетвореніе (хотя и неполное) *наличными деньгами*. Очевидно, имѣніе должно быть укрѣплено за тѣмъ, кто предложилъ высшую цѣну, хотя и меньшую суммы закладной. Въ разсматриваемомъ случаѣ торгъ нельзя признать несостоявшимся еще и потому, что *третій* торгъ, какъ мы сказали, не можетъ быть назначенъ, оставлять же имѣніе за собою залогодержатель не желаетъ, слѣдовательно, ст. 1068 сюда не можетъ имѣть примѣненія.

Не такъ легко поддается разрѣшенію тотъ случай, когда заложенное имѣніе назначено въ продажу по требованію *личныхъ* взыскателей и когда залогодержатель не является *взыскателемъ*. Первый торгъ не состоялся. Назначенъ второй. На второмъ торгѣ предложена высшая цѣна, недостигающая суммы закладной. Залогодержатель не можетъ оставить имѣніе за собою, потому что еще не наступили условія, при которыхъ залоговое право могло бы быть реализовано: онъ не взыскатель, онъ не участвуетъ въ процессѣ исполненія. Новый торгъ тоже не можетъ быть назначенъ, потому что онъ былъ бы *третьимъ*. Вотъ тутъ дѣйствительно замѣчается разладъ между ст. 1182 и ст. 1183—1187 и 1068. Я согласенъ съ г. Змирловымъ, что и о назнаназначеніи *втораго* торга залогодержатель долженъ быть извѣщенъ и онъ обязанъ увѣдомить о суммѣ, слѣдующей къ переводу на покупщика (Юрид. вѣст. 85 г. кн. I). Какія же послѣдствія такого увѣдомленія? Препятствуетъ ли оно продажѣ имѣнія на второмъ торгѣ

за цѣну ниже залоговой суммы? Ст. 1187 и 1068 установляютъ послѣдствіе предложенія цѣны ниже суммы залога только при производствѣ *первою*, а не *второю* торга («*Новый* торгъ можетъ быть назначенъ»). Ст. же 1182 изложена въ такой общей формѣ, что даетъ основаніе къ заключенію, что и *заложенныя* имѣнія могутъ быть проданы на второмъ торгѣ ниже суммы залога даже и въ томъ случаѣ, когда залогодержатель не является взыскателемъ. Ни въ ст. 1182 и 1070 устава, ни въ ст. 2119 (прим.), 2143 (прим.) и 2203, X т. 2 ч. (изд. 57 г.), разрѣшающихъ продажу имущества на второмъ торгѣ и ниже оцѣнки, нѣтъ оговорки или ограниченія относительно имуществъ, состоящихъ въ залогѣ. Редакторы устава, мотивируя ст. 1070 и 1182, ни однимъ словомъ не обмолвились о заложенныхъ имуществахъ. Большинство членовъ коммиссіи, составившей проектъ устава гражд. судопр., находило, «что строгое правило о продажѣ движимаго и недвижимаго имущества не ниже оцѣнки, хотя бы и на вторыхъ торгахъ, несогласно съ общимъ понятіемъ объ измѣняемости цѣнности имущества. Какъ бы ни были хорошо составлены *общія* правила объ оцѣнкѣ имуществъ и сколь бы добросовѣстно ни дѣйствовали, въ *каждомъ частномъ случаѣ*, лица, призванныя къ оцѣнкѣ, тѣмъ не менѣе, предлагаемая на самыхъ торгахъ за продаваемое имѣніе цѣна представляетъ, сама по себѣ, такое событіе, котораго законодатель заранѣе предвидѣть не можетъ... Между днемъ оцѣнки и днемъ продажи проходитъ извѣстный промежутокъ времени и для имѣній недвижимыхъ всегда довольно пространный, въ теченіе коего цѣна имѣнію можетъ измѣниться... Истинная стоимость имѣнія опредѣляется въ дѣйствительности только соревнованіемъ торгующихся». Не находя, поэтому, уважительныхъ основаній къ измѣненію порядка, установленнаго дѣйствующими законами, по которымъ, въ случаѣ безуспѣшности первыхъ публичныхъ торговъ, имущество, по требованію кредитировъ, назначается во вторичную продажу, съ предоставленіемъ торгующимся предлагать цѣну и ниже оцѣнки, большинство членовъ положили ст. 208 и 408 проекта (ст. 1070 и 1182 устава) оставить безъ всякой перемѣны (объясн. зап. ч. 2, стр. 126—132). Г. Змирловъ утверждаетъ, что второй торгъ можетъ быть начатъ ниже оцѣнки лишь подъ условіемъ перевода на покупщика долга по закладной, на условіяхъ сдѣланнаго займа. Но покупщикъ можетъ не согласиться на такой переводъ долга, находя покупную цѣну несоотвѣтствующею дѣйствительной стоимости имѣнія. Нѣтъ спора, что въ этомъ случаѣ было бы болѣе справедливо и согласно съ понятіемъ о залогѣ, присущимъ и нашему законода-

тельству, признать и второй (послѣдній) торгъ несостоявшимся и совершенно освободить имѣніе отъ продажи, назначенной по требованію личныхъ кредиторовъ. Въ такомъ именно смыслѣ высказался и сенатъ въ касс. р. №№ 93—76, 134—78, 132—85. Но, повторяю, такое заключеніе не находитъ себѣ оправданія въ приведенныхъ правилахъ о порядкѣ принудительной продажи. Dura lex, sed lex. Единственное, казалось бы, средство ограждать залоговое право — принять толкованіе ст. 1182 уст. гр. суд., предлагаемое г. Анненковымъ, что на второмъ торгѣ имѣніе можетъ быть продано ниже *оцѣнки*, но не ниже той суммы, въ которую имѣніе *заложено*. Но такое толкованіе едва ли соотвѣтствуетъ смыслу и редакціи ст. 1070 и 1182 и соображеніямъ составителей устава. Недоумѣніе по занимающему насъ вопросу можетъ быть устранено только путемъ законодательнымъ. Всего лучше было бы постановить въ видѣ общаго правила, что заложенное имѣніе не можетъ быть, безъ согласія залогодержателя, продано ни на первомъ, ни на *второмъ* торгѣ ниже той суммы, въ которую имѣніе заложено. Составители проекта «Положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній», находя, что въ Уставѣ не опредѣлено, какъ охраняются интересы залогодержателя на второмъ торгѣ, пришли къ тому заключенію, что публичная продажа имѣнія можетъ быть допущена только за цѣну, превышающую сумму всѣхъ требованій, пользующихся въ порядкѣ удовлетворенія старшинствомъ передъ обращеннымъ на имѣніе взысканіемъ, каковое положеніе примѣняется не только на первомъ, но и на *второмъ* торгѣ (ст. 156 и объясненія стр. 67—69). Подобнаго рода постановленіе существуетъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ,—безъ него немыслима правильно организованная ипотечная система. Но, не дожидаясь изданія Вотчиннаго устава и введенія его въ дѣйствіе, необходимо, въ интересахъ экономическаго оборота и кредита, дополнить дѣйствующія нынѣ правила о порядкѣ публичной продажи предлагаемымъ постановленіемъ. Этимъ только путемъ и могутъ быть устранены тѣ колебанія и различія во взглядахъ, которыя замѣтны въ литературѣ и судебной практикѣ (См. мое «Движеніе рус. гр. проц.», стр. 204—208).]

О ЗНАЧЕНІИ ДАННОЙ КРѢПОСТИ ПО РУССКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ.

Вопросъ о томъ, съ какого момента слѣдуетъ считать совершившимся переходъ права собственности на недвижимое имѣніе, пріобрѣтенное путемъ купли-продажи, при нынѣшней крѣпостной системѣ, порождаетъ на практикѣ недоразумѣнія и пререканія. Вопросъ этотъ въ особенности усложняется, когда недвижимое имѣніе куплено съ публичнаго торга. Съ какого, спрашивается, момента пріобрѣтается вещное право на это имѣніе? Законодательство временъ уложенія царя Алексѣя Михайловича соединяло общее понятіе объ укрѣпленіи права собственности на недвижимое имѣніе *съ справкою и запиской имѣнія* въ книгу помѣстнаго приказа. Разрѣшая вопросъ о томъ, кому должно принадлежать имѣніе въ случаѣ продажи его въ двои руки, уложеніе постановляетъ: «тою вотчиною владѣть тому, за кѣмъ она въ приказѣ *въ книгѣ записана*, а первому купцу тою вотчиною владѣть не велѣть для того, что онъ ту вотчину, *купя* въ помѣстномъ приказѣ, за собою въ книгѣ не записалъ».

Послѣ реформы Петра, когда введенъ былъ *крѣпостной порядокъ* совершенія актовъ, юридическія понятія о значеніи укрѣпленія настолько измѣнились, что, когда тотъ же законодательный вопросъ, который былъ разрѣшенъ уложеніемъ, возникъ въ 1836 году, онъ былъ разрѣшенъ постановленіемъ: имѣніе утверждать за тѣмъ изъ двухъ покупщиковъ, котораго купчая крѣпость совершена прежде (ст. 1416 т. X, ч. 1). Попытаемся однако отыскать въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ болѣе или менѣе устойчивыя точки опоры для разрѣшенія занимающаго насъ вопроса по отношенію къ имѣніямъ, купленнымъ съ публичныхъ торговъ, для чего необходимо

коснуться общаго вопроса объ укрѣпленіи права на недвижимое имущество, пріобрѣтенное на основаніи купли-продажи. Право собственности, по опредѣленію нашего закона, «есть власть лица исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть, пользоваться и распоряжаться имуществомъ вѣчно и потомственно» (ст. 420 т. X, ч. 1). Здѣсь въ описательной формѣ дано подробное указаніе признаковъ права собственности или, вѣрнѣе, тѣхъ условій, при которыхъ лицо можетъ считаться собственникомъ, при чемъ, какъ видно изъ текста ст. 420 т. X ч. 1, согласно съ основнымъ взглядомъ редакціи свода, главнымъ критеріемъ представляется доказательное, т. е. сопровождаемое укрѣпленіемъ, пріобрѣтеніе. (Текстъ означенной статьи отчасти заимствованъ изъ жалованныхъ грамотъ дворянству и городамъ, гдѣ слова «первый пріобрѣтатель» имѣнія употреблены, однако, не какъ характеристическій признакъ самаго понятія права собственности, а скорѣе, какъ отличительный признакъ имѣній благопріобрѣтенныхъ отъ родовыхъ; см. Пахмана «Исторія кодификацій», т. II стр. 60 и 61). Нашъ законъ различаетъ право собственности *полное* отъ права собственности *неполнаго* и даетъ опредѣленіе тому и другому. Право собственности есть полное, когда въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ, «владѣніе, пользованіе и распоряженіе соединяются съ укрѣпленіемъ имущества въ одномъ лицѣ или въ одномъ сословіи лицъ, безъ всякаго посторонняго участія». Право собственности бываетъ *неполнымъ*, когда оно ограничивается «въ пользованіи, владѣніи или распоряженіи другими *посторонними*, также неполными на то же самое имущество *правами*» (ст. 423 и 432 т. X, ч. 1). Необходимо замѣтить, что этому общему опредѣленію понятія неполнаго права собственности соотвѣтствуютъ не всѣ перечисленныя въ ст. 432 т. X ч. 1 ограниченія, такъ какъ законъ въ частности относитъ къ неполному праву собственности не только случаи, когда оно ограничивается *правами другихъ лицъ*, такъ назыв. jura in re aliena (правомъ участія въ пользованіи и выгодахъ чужаго имущества, правомъ угодій въ чужомъ имуществѣ, правомъ владѣнія и пользованія, или правомъ распоряженія, отдѣльнымъ отъ права собственности), но и случаи, когда оно, т. е. право собственности, ограничено *силою самаго закона* (владѣльцы заповѣдныхъ наслѣдственныхъ имѣній и владѣльцы имѣній, жалуемыхъ на правѣ маіоратовъ въ западныхъ губерніяхъ). Самый существенный элементъ права собственности, право распоряженія, состоитъ, по опредѣленію закона, «во власти отчуждать имущество въ предѣлахъ, закономъ означенныхъ, и отдавать оное въ пользованіе другому посредствомъ найма,

ссуды и другихъ договоровъ». Это право распоряженія не иначе можетъ отдѣлиться отъ права собственности, «какъ или по довѣренности, данной отъ владѣльца другому, или по закону, когда имущество подвергается запрещенію въ совершеніи купчихъ и закладныхъ крѣпостей или секвестру въ его управленіи или опекѣ» (ст. 541 и 542 X т., 1 ч.). Приведенные въ ст. 542 X т., 1 ч. случаи не представляютъ собственно отдѣленія отъ права собственности права распоряженія или уступки его *въ пользу другаго лица*, такъ какъ повѣренный представляетъ довѣрителя (собственника) и дѣйствуетъ за него и въ его интересахъ, а нахожденіе имѣнія подъ запрещеніемъ, секвестромъ или подъ опекою только *ограничиваетъ* право распоряженія, но оно не отдѣляется отъ права собственности въ чью-либо пользу. Однако, какъ бы то ни было, законъ прямо и положительно указываетъ, въ какихъ случаяхъ право распоряженія можетъ отдѣлиться отъ права собственности по волѣ правообладателя или силою закона. Право распоряженія отсутствуетъ также въ имѣніяхъ заповѣдныхъ и въ имѣніяхъ, жалуемыхъ подъ именемъ маіоратовъ въ западныхъ губерніяхъ. Въ этихъ имѣніяхъ есть право собственности, но нѣтъ права распоряженія, такъ какъ они не могутъ быть отчуждаемы и закладываемы (ст. 432. 485 и 509 т. X, ч. 1). Во всѣхъ этихъ случаяхъ самое право собственности не уничтожается, оно только стѣснено, оно—неполное. Но вообще право распоряженія присуще праву собственности, съ нимъ органически связано и не можетъ быть отъ него отдѣлено или въ немъ отсутствовать. Первое составляетъ сущность послѣдняго: коль скоро нѣтъ права распоряженія, нѣтъ и права собственности. Однимъ изъ способовъ или основаній пріобрѣтенія права собственности на недвижимое имущество служитъ купля-продажа. Она бываетъ добровольная, когда имѣніе переходитъ отъ собственника къ другому лицу, по взаимному ихъ соглашенію, или понудительная, когда имѣніе пріобрѣтается, помимо воли и согласія собственника, съ публичнаго торга. Публичный торгъ имѣетъ, однако, характеръ договора между мѣстомъ, производящимъ продажу, и лицами. являющимися на торгъ; въ немъ, какъ и во всякой юридической сдѣлкѣ, выражается взаимное, добровольное соглашеніе, *съ одной стороны*, въ установленіи тѣхъ основаній, на которыхъ торгъ будетъ производиться, *а съ другой*—въ заявленіи цѣнъ, по которымъ торгующіеся соглашаются удержать продаваемое имѣніе (см. касс. рѣш. №№ 994—71 г., 1088—75 г., 34—81 г.). Купля-продажа недвижимаго имущества какъ добровольная, такъ и понудительная обставлена, въ виду особой важности этого правопроизводящаго факта,

извѣстными формами и обрядами, составляющими corpus negotii, безъ соблюденія которыхъ сдѣлка недѣйствительна (см. 66 полож. о нотар. части). Они заключаются, при добровольной куплѣ-продажѣ, въ совершеніи акта (купчей крѣпости) у нотаріуса и утвержденіи его старшимъ нотаріусомъ, послѣ чего актъ становится крѣпостнымъ. Послѣ утвержденія онъ вносится въ крѣпостную книгу съ отмѣткою въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ акта, въ силу котораго право собственности перешло къ пріобрѣтателю, и затѣмъ дѣлается надлежащее распоряженіе объ оглашеніи перехода права собственности посредствомъ публикаціи (ст. 88, 89, 96, 104, 112, 157, 161, 167, 169, 177 и 179 полож. о нотар. части). Пріобрѣтенію недвижимаго имущества съ публичнаго торга также предшествуетъ цѣлый рядъ дѣйствій, считающихся безусловно необходимыми, а именно: опись и оцѣнка имѣнія, составленіе торговаго листа и подписаніе его, между прочимъ, лицомъ, предложившимъ высшую цѣну, и судебнымъ приставомъ, производившимъ продажу, взносъ покупателемъ покупной цѣны и крѣпостныхъ пошлинъ, составленіе судебнаго опредѣленія объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ и полученіе имъ данной, которая совершается нотаріусомъ и отмѣчается въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (ст. 1151, 1159, 1161, 1162, 1164 и 1165 устава гражд. суд. и ст. 181 полож. о нотар. части; на основаніи ст. 32 врем. правилъ по нотар. части, данныя представляются въ указанный 161 ст. нотар. полож. срокъ старшему нотаріусу не для утвержденія, но лишь для отмѣтки въ крѣпостномъ реестрѣ).

По теоріи римскаго права, для пріобрѣтенія вещныхъ правъ (въ томъ числѣ и владѣнія) требовалось *правооснованіе* (justus titulus), дающее возможность дѣйствительно пріобрѣсть право, *и фактъ* (modus aquirendi), посредствомъ котораго право дѣйствительно пріобрѣтается. Теорія эта принята многими законодательствами, между прочимъ и австрійскимъ гражд. улож. «Одно только правооснованіе не даетъ еще права собственности. Право собственности и всѣ вещныя права вообще могутъ быть пріобрѣтены . . . . . только посредствомъ законной передачи и законнаго принятія» (ст. 425). Одно только правооснованіе, говоритъ комментаторъ уложенія Штубенраухъ, даетъ только *личное* право противъ лица обязаннаго (напр. противъ продавца, дарителя и т. п.). Прочность оборота требуетъ, чтобы *вещное* право, имѣющее силу противъ всякаго, пріобрѣталось лишь тогда, когда къ титулу присоединяется еще *фактъ,* какъ способъ пріобрѣтенія (см. Stubenrauch, Com. B. I, S. 536).

Правооснованіе пріобрѣтенія утверждается на договорѣ, завѣщаніи,

судебномъ рѣшеніи, или на постановленіи закона. Для перехода права собственности на недвижимыя вещи, сдѣлка о пріобрѣтеніи должна быть внесена въ назначенныя для сего публичныя книги (ст. 424, 431 и 436 австр. гражд. улож.). Институтъ вотчинной записки, интабуляціи или транскрипціи, принятъ также германскими и французскимъ законодательствами и граж. улож. цюрих. кантона (ст. 532 и 533). По ст. 199 саксонскаго полож. 9 января 1865 г. о безспорномъ производствѣ, при принудительной продажѣ недвижимаго имѣнія съ торговъ, немедлено по присужденіи (Zuschlag) его, вносится въ поземельную и ипотечную книгу отмѣтка о послѣдовавшей продажѣ. Вообще вездѣ, гдѣ дѣйствуетъ ипотечная система, вещныя права на недвижимыя имѣнія пріобрѣтаются, по общему правилу, со времени внесенія правъ въ ипотечныя книги (см. Муромцевъ, «Опредѣленіе и основное раздѣленіе права» стр. 95; Побѣдоносцевъ «Курсъ гражд. права», т. I, стр. 182—197). Составители проекта нашего вотчиннаго устава также примкнули къ системѣ вотчинной записки; они придаютъ началу внесенія (Eintragung) значеніе необходимаго условія для пріобрѣтенія вещныхъ правъ, въ томъ числѣ и права собственности, на недвижимыя имущества. По ихъ мнѣнію, означенное начало есть наилучшая форма, въ которой когда-либо выражалось пріобрѣтеніе недвижимой собственности; здѣсь внѣшняя распознаваемость существованія права въ данномъ его объемѣ достигаетъ высшей степени. Однако составители проекта ограничиваютъ начало внесенія лишь случаями *добровольнаго* отчужденія имѣній, не распространяя его на переходъ собственности на другихъ основаніяхъ какъ-то: по наслѣдованію, по давности владѣнія, по судебному рѣшенію, *вслѣдствіе публичной продажи,* въ силу Высочайшаго пожалованія и пр. (ст. 19 и 20 проекта съ объяснит. запискою т. I; см. выше).

Обращаясь къ дѣйствующему нашему праву, мы видимъ, что всякій вообще переходъ права собственности на недвижимое имущество долженъ быть удостовѣренъ надлежащимъ актомъ укрѣпленія (ст. 707 т. X ч. 1 и ст. 66 пол. о нот. части, 1424 и 1425 ст. устава гражд. суд.). Законъ различаетъ *пріобрѣтеніе* правъ на имущества и *укрѣпленіе* правъ на таковыя. Это различіе, по моему мнѣнію, не случайное, оно отчасти подтверждается системою кодификаціи гражданскихъ законовъ (кн. II озаглавлена «О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще»; кн. III — «О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности»; въ главѣ 2 разд. 3 кн. II говорится «О способахъ *пріобрѣтенія* правъ на имущества»; въ главѣ 3 тѣхъ же разд. и книги «О

порядкѣ *укрѣпленія* правъ на имущества, или объ актахъ вообще»). Право собственности на недвижимое имущество *пріобрѣтается* тѣмъ или другимъ законнымъ способомъ, *а укрѣпляется* затѣмъ крѣпостнымъ актомъ (ст. 699 и прим. и ст. 707 т. X ч. 1).

При всемъ несовершенствѣ нашей юридической техники и терминологіи, можно различать и у насъ, въ сдѣлкѣ купли-продажи недвижимости, личное или *договорное* отношеніе и *вещное* право на самое имущество. Когда оно куплено, но еще не укрѣплено, т. е. когда нѣтъ еще крѣпостнаго акта, то между продавцомъ и покупщикомъ установляется договорное отношеніе: покупщикъ въ правѣ требовать отъ продавца исполненія всего того, что необходимо для укрѣпленія перехода права собственности къ покупщику. Это договорное отношеніе возникаетъ съ совершеніемъ нотаріальнаго акта о продажѣ (ст. 569 и 570 т. X ч. 1). Только съ момента утвержденія этого акта старшимъ нотаріусомъ совершается укрѣпленіе правъ, переходъ недвижимаго имущеетва и возникаетъ вещное или вотчинное право, т. е. право пріобрѣтателя на самое имущество по отношенію всѣхъ третьихъ лицъ (ст. 707 и 1417, т. X ч. 1, 66 и 177 полож. о нот. части. Подробныя соображенія по этому предмету изложены въ рефератѣ, читанномъ въ с.-петербургскомъ юридическомъ обществѣ Н. И. Барковскимъ «О юридическомъ значеніи нотаріальныхъ актовъ на продажу недвижимаго имущества до утвержденія ихъ старшимъ нотаріусомъ»; см. также касс. рѣш. 1886 г., № 96). Такое же различіе между договорнымъ отношеніемъ и вещнымъ правомъ на недвижимое имущество должно имѣть мѣсто и при куплѣ-продажѣ съ публичнаго торга, который, какъ выше уже упомянуто, тоже имѣетъ характеръ договора. «Публичная продажа равносильна сдѣлкѣ частныхъ лицъ и представляетъ собою всѣ условія свободнаго договора, слѣдовательно и условія его обязательности. Публичный торгъ на имѣніе есть договоръ продажи, который принудительно въ лицѣ владѣльца продаваемаго имѣнія совершаетъ судебное или правительственное мѣсто съ лицомъ, предлагающимъ за оное высшую цѣну» (см. объясненіе подъ ст. 1169 уст. гражд. суд. въ изд. госуд. канц.).

Судебное опредѣленіе объ укрѣпленіи имущества за покупщикомъ есть ни что иное, какъ удостовѣреніе судебной власти о томъ, что торгъ произведенъ правильно, согласно съ требованіями закона, что покупщикъ исполнилъ всѣ лежащія на немъ обязательства и что имѣніе осталось за нимъ (ст. 1160 и 1164 уст. гражд. суд.). Выраженіе ст. 1164 «опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія» не слѣдуетъ понимать въ техническомъ смыслѣ «укрѣпленія» или установленія *вещнаго*

права на имущество, такъ какъ съ введеніемъ положенія о нотаріальной части *укрѣпленіе* правъ на недвижимыя имущества отнесено къ вѣдомству *нотаріальныхъ*, а не судебныхъ учрежденій (ст. 66 полож. о нотар. части). Означенное судебное опредѣленіе имѣетъ значеніе санкціи публичнаго торга и присужденія имѣнія покупателю (Adjudicationsbescheid). Но этимъ еще не совершается окончательный переходъ права собственности на имущество къ пріобрѣтателю и не установляется непосредственная связь лица съ вещью. Для этого необходимъ актъ укрѣпленія—данная крѣпость. И въ прежнемъ порядкѣ судопроизводства эти два момента строго были разграничены между собою. Мѣста и лица, производившія публичную продажу, обязаны были въ три дня по внесеніи покупателемъ всей покупной суммы сдѣлать надлежащее постановленіе «объ утвержденіи за покупателемъ проданнаго имущества», и по сему постановленію войти немедленно въ сношеніе съ кѣмъ слѣдуетъ о написаніи «крѣпостного акта» (данной или купчей крѣпости). Судъ или палата, гдѣ актъ долженъ былъ быть совершенъ, обязаны были въ извѣстныхъ случаяхъ пріостановиться составленіемъ акта и сообщить о томъ мѣсту, производившему продажу, для сообщенія недостающихъ бумагъ. По «утвержденіи публичной продажи» покупатель вносилъ узаконенныя пошлины... О данныхъ на купленныя имѣнія припечатывались объявленія, «какъ и о прочихъ крѣпостныхъ актахъ, по коимъ производится переходъ недвижимаго имѣнія отъ одного лица къ другому» (ст. 2172—2175 т. X, ч. 2 и ст. 1507 X т. и 1 ч., изд. 57 г.).

Въ силу ст. 2052 т. X, ч. 2 (ст. 1266, изд. 1876 г.) *послѣ подписанія крѣпостного акта* (данной) на проданныя съ публичнаго торга имущества никакія возраженія, въ свое время не предъявленныя, уже не принимались, за исключеніемъ того лишь случая, когда, не взирая на всѣ предосторожности, оказалось бы впослѣдствіи, что проданное имущество не принадлежало владѣльцу, который подвергался взысканію. Ссылаясь на этотъ законъ, государственный совѣтъ въ мнѣніи своемъ, Высочайше утвержденномъ 11 октября 1883 г. по дѣлу Толли съ гр. Плятеромъ, изъяснилъ, что законы различаютъ въ ходѣ дѣлъ объ описи, оцѣнкѣ и продажѣ имущества два рѣшительныхъ момента, послѣ которыхъ дѣйствія сіи не подлежатъ никакому перевершенію, кромѣ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ, и что моменты эти суть: 1) покупка имѣнія и 2) *выдача на оное крѣпостного акта* (см. кас. рѣш. 1889 г., № 9). Вообще, никакое судебное постановленіе, коимъ утверждается за извѣстнымъ лицомъ право на недвижимое имущество, не можетъ само по себѣ

замѣнить надлежащій актъ укрѣпленія на имущество. Судъ только санкціонируетъ извѣстное спорное или безспорное юридическое отношеніе, уже прежде возникщее и существовавшее; онъ возстановляетъ или охраняетъ пріобрѣтенныя права, но *не создаетъ* никакихъ *новыхъ* и не *укрѣпляетъ* какихъ-либо *вещныхъ* правъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда правооснованіемъ пріобрѣтенія недвижимаго имѣнія служитъ право наслѣдованія, давность или судебное рѣшеніе, окончательный переходъ вещнаго права совершается не иначе, какъ при участіи *нотаріальныхъ* учрежденій. Такъ, для пріобрѣтенія права по давности кассаціонная практика установила особый порядокъ, въ силу котораго долженъ быть совершенъ нотаріальный актъ, отмѣчаемый въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (кас. рѣш. 1872 г., № 792; 1875 г., № 116 и 1881 г., № 146). Наслѣдникъ вводится во владѣніе имѣніемъ наслѣдодателя по представленіи имъ *акта укрѣпленія* на имя наслѣдодателя, а вводный листъ отмѣчается въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Точно также лицо, коему присуждено недвижимое имѣніе, вводится имъ во владѣніе по предъявленіи исполнительнаго листа, причемъ послѣдній долженъ быть *отмѣченъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ* (ст. 1209, 1424, 1425, 1431, 1432 уст. гражд. суд.; 73 ст. врем. правилъ по нотар. части; см. также кассац. рѣш. 1890 г., № 121, относительно раздѣла). Для пріобрѣтателя имѣнія съ публичнаго торга возникаетъ, со времени утвержденія его судомъ, право требовать непремѣннаго исполненія заключенной съ нимъ сдѣлки, совершенія и выдачи данной; онъ имѣетъ также право на доходы съ имѣнія, получаемые со времени публичной продажи (ст. 1128 и и 1129 уст. гражд. суд. и кассаціонная практика). Права эти вытекаютъ изъ *договорнаго* отношенія, установляемаго публичною продажею и утвержденіемъ ея. Вещное же или вотчинное право возникаетъ и установляется лишь тогда, когда покупщикъ получилъ данную, отмѣченную въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (съ выдачею данной имѣніе укрѣпляется покупателю безвозвратно и оно не подлежитъ выкупу— ст. 1506 т. X, ч. 1 и 1169 ст. уст. гражд. суд.). Поэтому право покупщика на доходы съ имѣнія, получаемые со дня торга, можетъ быть реализовано только по полученіи *данной*, которая, такимъ образомъ, ретроагируетъ на время, предшествовавшее ея совершенію. Такое различіе между *пріобрѣтеніемъ* имущества съ публичнаго торга и *укрѣпленіемъ* права собственности на это имущество проведено съ большею опредѣленностью въ уставѣ земскаго кредитнаго общества губерній царства Польскаго (т. XI, ч. 2, уст. кред. по продол. 1890 г.). По ст. 114 устава, со времени продажи имѣнія покупщикъ

пользуется доходами онаго, и съ этого же срока на него переходитъ обязанность уплачивать всѣ слѣдующія съ имѣнія казенныя подати, платежи, причитающіеся обществу, и нести всѣ прочія лежащія на имѣніи обязательства (п. 5). Право собственности на имѣніе укрѣпляется за покупщикомъ по представленіи имъ ипотечному отдѣленію доказательствъ, что онъ исполнилъ всѣ принятыя имъ по торгамъ условія (п. 7). Передача имѣнія покупщику, по предъявленіи имъ губернской дирекціи выписи изъ ипотечнаго указателя, удостовѣряющей укрѣпленіе за нимъ права собственности, производится совѣтникомъ губернской дирекціи (п. 8). Точно также, на основаніи ст. 55—57 полож. дворянскаго земельнаго банка, если торгъ состоится, банкъ постановляетъ опредѣленіе, по которому выдается данная и въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ дѣлается отмѣтка «о переходѣ имѣнія въ собственность» (см. также ст. 79[2] полож. о крест. позем. банкѣ и ст. 4, 6, 8 и 9 прил. къ ст. 81 полож. о нотар. части по прод. 1890 года). Взглядъ редакторовъ устава гражданскаго судопроизводства на значеніе данной, вполнѣ отчетливо выраженъ въ мотивахъ къ ст. 1165. «Каждое пріобрѣтеніе недвижимой собственности должно быть засвидѣтельствовано какимъ-нибудь юридическимъ актомъ, служащимъ не только въ моментъ пріобрѣтенія *доказательствомъ права собственности*, но и на будущее время, для устраненія могущихъ возникать споровъ и недоразумѣній... При обсужденіи вопроса, какой актъ, *свидѣтельствующій о пріобрѣтеніи съ публичныхъ торговъ недвижимой собственности* долженъ быть выданъ купившему на торгахъ имѣніе, признано необходимымъ, по окончаніи продажи, примѣняясь къ ст. 2172 т. X. ч. 2, *выдать на купленное имѣніе данную*». Положеніе о томъ, что право собственности на недвижимое имущество, пріобрѣтенное съ публичнаго торга, установляется или укрѣпляется лишь съ полученіемъ данной, подтверждается смысломъ ст. 1509 т. X ч. 1, по которой, по полученіи на пріобрѣтенное съ публичнаго торга имѣніе данной или купчей, пріобрѣтатель такого имѣнія вступаетъ въ полное право собственности и можетъ свободно отчуждать оное; прежде же полученія сего акта уступка пріобрѣтеннаго имъ на торгѣ права не дозволяется (такое же правило содержится въ примѣчаніи къ ст. 2176 т. X ч. 2, изд. 57 г.). Уже выше было указано, что право собственности на недвижимое имущество можетъ существовать безъ права владѣнія и пользованія, которое можетъ быть отдѣлено отъ собственника на срокъ или пожизненно. Право же распоряженія или право отчужденія составляетъ субстанціальную часть права собственности и только въ исключительныхъ

случаяхъ, положительно въ законѣ указанныхъ, можетъ отсутствовать постоянно или временно (въ заповѣдныхъ и маіоратныхъ имѣніяхъ, а также въ случаѣ запрещенія, секвестра или опеки—ст. 432 и 542 X т. 1 ч.). Внѣ этихъ случаевъ нѣтъ права собственности безъ права распоряженія. Изъ выраженія ст. 1509 «вступаетъ въ полное право собственности» нельзя, по моему мнѣнію, выводить, что до полученія данной покупщикъ имѣетъ *неполное* право собственности, потому, во-первыхъ, что въ законѣ положительно перечислены случаи, когда право собственности бываетъ неполное (ст. 432 X т. 1 ч.); во-вторыхъ, переходъ права собственности на имущество, купленное съ публичнаго торга, долженъ совершиться въ томъ же объемѣ, въ которомъ это право существовало прежде: если оно было у прежняго собственника *неполнымъ*, оно должно переходить таковымъ же и къ покупщику и не можетъ обратиться въ полное право собственности съ полученіемъ данной; если же оно было у прежняго собственника *полнымъ*, оно не можетъ становиться послѣ торга въ рукахъ новаго пріобрѣтателя неполнымъ. На этомъ основаніи слѣдуетъ признать, что выраженіе ст. 1509 «полное право собственности» употреблено не въ техническомъ смыслѣ (т. е. какъ противоположеніе «неполному или ограниченному праву собственности»), а въ смыслѣ права собственности вообще. Постановленіе ст. 1509 логически вытекаетъ изъ основного положенія, проведеннаго въ гражданскихъ законахъ и въ положеніи о нотаріальной части, о томъ, что для перехода права собственности на недвижимое имущество безусловно необходимъ актъ укрѣпленія, совершенный нотаріально-крѣпостнымъ порядкомъ. Никакое судебное постановленіе, въ какомъ бы порядкѣ оно ни состоялось, не можетъ замѣнить, какъ упомянуто выше, актъ укрѣпленія и не можетъ вновь установлять или укрѣплять вотчинное или вещное право на недвижимое имущество.

Выведенное нами изъ разума дѣйствующихъ законовъ значеніе данной не измѣняется и въ случаяхъ пріобрѣтенія недвижимаго имущества съ публичнаго торга въ какомъ-либо кредитномъ установленіи. По ст. 1137 уст. гражд. суд. заложенныя въ кредитныхъ установленіяхъ имущества продаются по предписанному въ ихъ уставахъ порядку. Такое же правило постановлено въ ст. 1505 X т. 1 ч. съ присовокупленіемъ, что покупщикамъ проданныхъ съ публичнаго торга въ кредитныхъ установленіяхъ недвижимыхъ имѣній выдаются данныя или купчія крѣпости (см. также ст. 15 прил. къ ст. 144 полож. о городск. общ. банкахъ, ст. 65 полож. о сохр. казнахъ, 26 ст. уст.

московск. зем. банка, ст. 55 Высочайше утвержд. 26 іюня 1889 г. правилъ: взысканій съ неисправныхъ заемщиковъ государственнаго дворянскаго земельнаго банка и др.). И въ кредитныхъ установленіяхъ состоявшійся торгъ и утвержденіе его установляетъ *личное или договорное отношеніе* между покупщикомъ съ одной стороны и прежнимъ собственникомъ и кредитнымъ установленіемъ—съ другой; вотчинное же или вещное право на самое имущество установляется съ полученіемъ данной. По проекту «положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній» (составители проекта вотч. устава, какъ уже замѣчено выше, не распространяютъ начала внесенія на недвижимыя имѣнія, купленныя съ публичнаго торга), со времени постановленія начальникомъ вотчиннаго установленія опредѣленія объ утвержденіи имѣнія за покупщикомъ, онъ пріобрѣтаетъ право собственности на имѣніе. Онъ можетъ съ этого времени вступить во владѣніе имѣніемъ, пользоваться и управлять имъ, заключать договоры, искать и отвѣчать на судѣ, но отчуждать имѣніе, установлять въ немъ ограниченія права собственности или обременять его залогомъ не можетъ, пока имѣніе, еще не числившееся въ книгѣ, не будетъ за нимъ записано въ вотчинной книгѣ, а если оно уже прежде было записано, то пока покупщикъ не будетъ внесенъ въ качествѣ собственника во II отдѣлъ вотчинной книги (ст. 170 проекта положенія, ст. 8 и 20 пр. вотч. устава; см. выше «Новѣйшій проектъ вотч. устава).

Разсматриваемый мною вопросъ о значеніи данной затрогивался неоднократно кассаціонною практикою, но не подвергался подробному и всестороннему обсужденію. До сената доходилъ чаще всего вопросъ о томъ, съ какого времени покупщикъ пріобрѣтаетъ право на полученіе доходовъ съ купленнаго имъ съ публичнаго торга недвижимаго имущества. Хотя заключеніе мое о значеніи данной для пріобрѣтателя недвижимаго имущества съ публичнаго торга опирается на общемъ смыслѣ нашего законодательства (ст. 9 уст. гражд. суд.), однако для выясненія вопроса представляется цѣлесообразнымъ провѣрить, насколько мой взглядъ совпадаетъ съ воззрѣніями сената. Въ рѣшеніи 1870 г., № 1806 по дѣлу Петрова сенатъ призналъ правильнымъ толкованіе мировымъ съѣздомъ ст. 1509 X т., 1 ч. въ томъ смыслѣ, что покупщикъ получаетъ право на доходы съ имѣнія лишь съ полученіемъ данной, такъ какъ *съ этого времени онъ становится собственникомъ имѣнія*. Въ рѣшеніяхъ же 1872 г., № 928 по дѣлу Молятина и 1874 г., № 480 по дѣлу Фоермана разъяснено, что покупщикъ недвижимаго имѣнія съ публичнаго торга пріобрѣтаетъ право

собственности на это имѣніе, а слѣдовательно и на приносимые имъ доходы, со дня постановленія судомъ опредѣленія объ утвержденіи торговъ и укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ. При этомъ сдѣлана ссылка на ст. 1164 уст. гражд. суд. безъ указанія и обсужденія ст. 1509 X т., 1 ч. Замѣчу, что дѣла эти начались по искамъ покупщиковъ, предъявленныхъ *уже послѣ полученія данной*, о доходахъ съ имѣнія, полученныхъ послѣ торга. По дѣлу Зуева (1875 г., № 304), за которымъ судебнымъ установленіемъ укрѣплено было купленное съ публичнаго торга имѣніе и который, *не получивъ данной*, предъявилъ искъ объ уничтоженіи арендмаго договора, заключеннаго прежнимъ владѣльцемъ послѣ публичной продажи, сенатъ разъяснилъ, что въ силу опредѣленія судебной власти объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ онъ со дня публичной продажи долженъ быть почитаемъ собственникомъ купленнаго имѣнія и имѣющимъ право на доходы съ онаго, а слѣдовательно и имѣющимъ право оспаривать сдѣлки прежняго владѣльца, клонящіяся къ уменьшенію доходовъ съ купленнаго имѣнія. По дѣлу Олешко и Гервяка, запахавшихъ огородъ и землю *послѣ полученія на нихъ данной*, но до ввода во владѣніе (1875 г., № 1037), сенатъ призналъ неправильнымъ заключеніе мироваго съѣзда, что покупщики не имѣли права пользоваться купленною ими землею, потому что они еще не введены были ею во владѣніе. Въ этомъ рѣшеніи изложено, что въ силу судебнаго опредѣленія, по ст. 1164 уст. гражд. суд., объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ, онъ «со дня публичной продажи почитается собственникомъ купленнаго имѣнія и имѣющимъ право на доходы съ онаго....». «То же самое говорится и въ ст. 1509 X т. 1 ч.... Посему и въ виду имѣющагося въ ст. 420 ч. 1 т. X опредѣленія, въ чемъ заключается право собственности, пріобрѣтатель имѣнія, *вмѣстѣ съ полученіемъ крѣпостнаго акта*, вступаетъ во всѣ права по купленному имѣнію и въ томъ числѣ и въ право на извлеченіе изъ онаго доходовъ». Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда по нарушенію ст. 1509 X т. 1 ч. (а не 1164 ст. уст. гражд. суд.). Изъ этого кассаціоннаго рѣшенія, между прочимъ, видно, что выраженіе ст. 1509 «полное право собственности» сенатъ отождествляетъ съ «правомъ собственности» вообще (см. выше). По дѣлу Конькова и Симонова, возникшему по иску, предъявленному Корчицемъ *послѣ полученія имъ данной* на купленное съ публичнаго торга имѣніе, о возвращеніи этого имѣнія, проданнаго наслѣдникомъ прежняго собственника другому лицу (1876 г., № 141), сенатъ призналъ, что покупщикъ имѣнія съ публичнаго торга по воспослѣдованіи опредѣленія судебной власти объ укрѣпленіи за нимъ имѣнія дѣлается

собственникомъ его со дня публичной продажи. По дѣлу Курбоцкаго, предъявившаго искъ *послѣ полученія данной* о доходахъ, полученныхъ съ имѣнія послѣ публичной продажи (1876 г., № 296), сенатъ, ссылаясь на прежнія рѣшенія, разъяснилъ, что право покупщика на доходы съ имѣнія возникаетъ со дня публичной продажи, утвержденной подлежащею властью, и что ст. 1509 т. X ч. 1 имѣетъ въ виду указать лишь срокъ, съ котораго покупщикъ вправѣ отчуждать имѣніе. Такое же положеніе, но съ большею опредѣленностью, высказано въ рѣшеніи 1876 г., № 165, по дѣлу Лаврова, при чемъ разъяснено, что описанное имѣніе, по ст. 1128 устава гражд. судопр., остается во владѣніи прежняго собственника до того времени, когда по судебному опредѣленію «послѣдуетъ укрѣпленіе имѣнія за покупателемъ выдачею ему крѣпостнаго акта». «Со дня публичной продажи, говоритъ сенатъ, если она сопровождалась этими послѣдствіями, прекращается право прежняго владѣльца на доходы, которые съ этого времени должны уже принадлежать покупщику». Ссылаясь на это послѣднее рѣшеніе, сенатъ по дѣлу одесскаго городскаго кредитнаго общества (1879 г., № 188), оставившаго за собою заложенное ему имѣніе и предъявившаго *до полученія данной* искъ о доходахъ, призналъ, что истецъ обязанъ исходатайствовать себѣ надлежащій актъ укрѣпленія, *безъ котораго переходъ права собственности на недвижимыя имущества не можетъ быть сочтенъ совершившимся окончательно* (ст. 1417 и 1509 т. X ч. 1); что пріобрѣтатель недвижимаго имущества съ публичнаго торга имѣетъ право на доходы съ пріобрѣтеннаго имущества со дня торга, *но для осуществленія этого права* долженъ доказать фактъ окончательнаго утвержденія за нимъ имѣнія по судебному опредѣленію или укрѣпленія онаго за нимъ *по акту*, совершенному надлежащимъ порядкомъ. Хотя въ этомъ рѣшеніи сенатъ, повидимому, считаетъ равносильными судебное опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія и самый актъ укрѣпленія (данная), каковое положеніе несогласно съ приведеннымъ рѣшеніемъ 1876 г., № 165, но не слѣдуетъ забывать, что сенатъ и въ этомъ случаѣ, какъ и въ остальныхъ рѣшеніяхъ, коснулся основного вопроса о значеніи данной только вскользь, не входя въ принципіальное его обсужденіе. Во всякомъ случаѣ и послѣднее сенатское разъясненіе (1879 г., № 188) не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что тамъ, гдѣ нѣтъ *судебнаго* опредѣленія, а именно, при публичной продажѣ въ кредитныхъ установленіяхъ, право собственности переходитъ съ момента полученія данной (см. также рѣш. 1883 г., № 50 по дѣлу одесскаго кредитнаго общества и Маврокордато). Такое же положеніе о переходѣ

права собственности на имущество и доходы съ полученіемъ данной высказано сенатомъ по дѣлу Калгина, купившаго имѣніе на торгахъ въ городскомъ общественномъ банкѣ и *не получившаго данной* (№ 64, 1881 г.). По дѣлу Кузиной (1881 г., № 114), предъявившей *послѣ полученія данной* искъ, между прочимъ, о доходахъ, сенатъ призналъ, что право на доходы пріобрѣтается со дня публичной продажи. Точно также въ рѣшеніи по дѣлу Миловой (1881 г., № 40), предъявившей искъ о доходахъ *послѣ полученія ею данной*, сенатъ призналъ, что право собственности на купленное съ публичныхъ торговъ имущество переходитъ къ покупщику не со дня полученія данной, а со дня утвержденія торговъ, и съ этого времени покупщикъ имѣетъ право на доходы. Въ позднѣйшемъ рѣшеніи, по дѣлу общества крестьянъ села Солотвина (1889 г. № 122), сенатъ разъяснилъ, что переходъ недвижимыхъ имуществъ совершается не иначе, какъ посредствомъ *особо установленныхъ для сего актовъ* и что такимъ актомъ, по отношенію земель выкупленныхъ крестьянами у бывшихъ помѣщиковъ, на основаніи ст. 110 положенія о выкупѣ и примѣчанія къ ст. 1508 т. X ч. 1, является данная. (См. также № 40 — 94 г.).

Изъ приведеннаго цѣлаго ряда кассаціонныхъ рѣшеній, имѣющихъ отношеніе къ занимающему насъ вопросу, нельзя, конечно, построить цѣльной, законченной во всѣхъ своихъ частяхъ, доктрины сената о времени окончательнаго установленія права собственности покупщика на пріобрѣтенное съ публичнаго торга недвижимое имущество. Въ доходившихъ до разсмотрѣнія сената дѣлахъ споры касались, главнымъ образомъ, права покупщика на доходы съ купленнаго имущества и права его требовать уничтоженія договоровъ, заключенныхъ прежнимъ собственникомъ. Сенатъ, касаясь слегка основнаго вопроса и высказывая тѣ или другія положенія, повидимому несогласныя между собою, имѣлъ въ виду фактическія особенности каждаго подлежавшаго его разсмотрѣнію дѣла. Тѣмъ не менѣе, однако, кассаціонная практика, въ общемъ, не противорѣчитъ нашимъ выводамъ. Можно, кажется, утверждать, что и по воззрѣнію сената, хотя покупщикъ имѣетъ право на доходы съ имущества *со дня торга* и на оспариваніе договоровъ, заключенныхъ прежнимъ собственникомъ, но такое право устанавливается не иначе, какъ *судебнымъ* опредѣленіемъ объ утвержденіи торга *и полученіемъ покупщикомъ данной*, такъ что возможность осуществленія этого права наступаетъ лишь съ момента полученія надлежащаго акта укрѣпленія. Другими словами, данная крѣпость ретроагируетъ на предшествующія отношенія покуп-

щика къ имуществу, начиная со дня торга (Во всѣхъ приведенныхъ дѣлахъ, за исключеніемъ двухъ, иски предъявлялись уже послѣ полученія данной). Относительно кредитныхъ установленій сенатъ высказался рѣшительнѣе, что право собственности переходитъ съ полученіемъ покупщикомъ данной, такъ какъ судебное опредѣленіе въ этихъ случаяхъ не постановляется. До тѣхъ поръ, пока покупщикъ не получилъ данной, его нельзя считать собственникомъ купленнаго имущества.

ЗАКОНЪ О ДѢТЯХЪ УЗАКОНЕННЫХЪ И УСЫНОВЛЕННЫХЪ.

I.

Преемство римскихъ юридическихъ идей въ правѣ новыхъ народовъ живо сказывается въ такомъ вопросѣ, каковъ вопросъ объ узаконеніи дѣтей, прижитыхъ внѣ брака. Благодаря именно римскому праву, современное законодательство знакомо съ институтомъ узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ (legitimatio per subsequens matrimonium). Для такой легитимаціи по римскому праву требовалось, чтобы въ моментъ зачатія дитяти возможенъ былъ бракъ между его родителями, чтобы былъ совершенъ актъ о вступленіи родителей въ бракъ и чтобы узаконяемыя дѣти изъявили согласіе на ихъ легитимацію. Кромѣ того существовало еще два способа легитимаціи: посредствомъ императорскаго рескрипта (per rescriptum principis) и посредствомъ завѣщанія (per testamentum). Въ Восточной Римской имперіи новеллами Льва Философа (886—911) легитимація была уничтожена вмѣстѣ съ конкубинатомъ, тогда какъ на западѣ ее постоянно поддерживало юстиніановское законодательство, управлявшее гражданско-правовою жизнью ново-европейскихъ народовъ.

Въ исторіи русскаго права по вопросу о незаконныхъ дѣтяхъ можно прослѣдить, какъ въ общественномъ сознаніи мало-по-малу созрѣваетъ потребность въ законодательной регламентаціи положенія натуральныхъ дѣтей. Уже во время Русской Правды понятіе о дѣтяхъ обнимаетъ лицъ, рожденныхъ въ бракѣ (или зачатыхъ въ бракѣ); лица, рожденныя извѣстною парою внѣ брака или въ бракѣ, который признанъ незаконнымъ, не подходятъ подъ это понятіе: они суть натуральныя или *незаконорожденныя дѣти*. Такое понятіе въ

языческую эпоху не имѣло точной опредѣленности, какъ нынѣ, но существовало: Русская Правда различаетъ законныхъ дѣтей отъ рабьихъ. О дѣтяхъ, рожденныхъ отъ рабынь-наложницъ, Русская Правда постановляетъ, что наслѣдства имъ нѣтъ, но по смерти отца— свобода имъ съ матерью. Въ такихъ случаяхъ, по указанію позднѣйшихъ обычаевъ, слѣдовалъ *надѣлокъ* освобожденнымъ, состоявшій въ движимыхъ вещахъ. Такимъ образомъ незаконныя дѣти, прижитыя съ рабою, хотя и непользовались наравнѣ съ законорожденными дѣтьми правами наслѣдованія имущества отца, получали однако, какъ наслѣдство отъ свободнаго отца, свободу вмѣстѣ съ матерью и часть движимаго имущества. Въ московскомъ правѣ изъ отношеній съ наложницами возникаетъ союзъ quasi—семейный, именно между матерью (но не отцомъ) и дѣтьми ея. По уложенію царя Алексѣя Михайловича, кто прижитъ отъ наложницъ до законной жены или при законной женѣ отца, хотя бы отецъ его впослѣдствіи женился на его матери, тотъ къ законнымъ дѣтямъ не причитается; помѣстій и вотчинъ отца не получаетъ. Слѣдовательно, legitimatio per subsequens matrimonium безусловно не допускается. Но отношенія матери и ея незаконорожденныхъ дѣтей до нѣкоторой степени признаются: она имѣетъ надъ ними законную власть, хотя гораздо слабѣйшую, чѣмъ надъ дѣтьми, рожденными въ бракѣ (за убійство матерью дѣтей незаконорожденныхъ полагается смертная казнь, а не тюремное заключеніе только). Въ Петровскомъ законодательствѣ (уст. воин. арт. 176) уже обращено вниманіе на отношеніе незаконорожденныхъ къ отцу; именно, матери и ея дѣтямъ дается право на содержаніе и «плату» отъ отца, впрочемъ только, если незаконная связь была между холостымъ и дѣвицею (см. Владимірскаго-Буданова: «Обзоръ исторіи русскаго права» вып. II, стр. 136; Бѣляева: «Лекціи по исторіи русскаго законодательства», 2-е изданіе, стр. 208). Во второй половинѣ XVIII вѣка императрица Екатерина II намѣревалась ввести у насъ институтъ узаконенія. Въ инструкціи, данной коммиссіи, созванной для составленія проекта новаго уложенія, сказано: «часто бываетъ, что люди дѣтей имѣютъ беззаконно и что для того потребно узаконить, ибо родившійся требуетъ призрѣнія. Учрежденіе сіе требуетъ великой осторожности и иногда многимъ подробностямъ подвержено». Тою же императрицею высказано было весьма гуманное начало по слѣдующему случаю. Въ 1788 году изъ сената поступило на Высочайшее разсмотрѣніе дѣло Апухтина, который, будучи женатъ на крѣпостной своей дѣвкѣ, женился при живой женѣ на Марьѣ Бахтеяровой, которая не знала, что онъ женатъ и полагалась

на его увѣреніе, что онъ холостъ. Бракъ былъ расторгнутъ, но дѣло шло о судьбѣ дѣтей, прижитыхъ отъ Бахтеяровой. Императрица рѣшила: рожденныхъ отъ нея въ томъ бракѣ дѣтей допустить къ наслѣдству, званію и достоинству наравнѣ съ прочими его, Апухтина, дѣтьми, тѣмъ паче, что не предъявлено ни отъ кого и никакого опроверженія на то, чтобы они рождены были не въ томъ бракѣ и не отъ него, Апухтина, и что вступленіе Апухтина во 2-й бракъ, будучи уже женатымъ на крѣпостной своей дѣвкѣ, не можетъ относиться къ виновности прижитыхъ со второю его женою дѣтей, а виною состоитъ единственно онъ, Апухтинъ, за что и долженствуетъ съ нимъ поступлено быть по законамъ (П. С. З. № 16627). Отъ такого высоконравственнаго и гуманнаго взгляда послѣдующее законодательство совершенно уклонилось.

Съ конца прошлаго столѣтія появляются случаи предоставленія правъ законныхъ дѣтей дѣтямъ, рожденнымъ внѣ брака, съ Высочайшаго соизволенія, посредствомъ сепаратныхъ указовъ. Такъ, 2 октября 1797 г. императоръ Павелъ I далъ указъ сенату по дѣлу Елагина, гдѣ прямо выражено дозволеніе вступить въ права законныхъ дѣтей лицу, родившемуся прежде заключенія его родителями законнаго супружества. «Снисходя, сказано въ этомъ указѣ, на прошеніе дѣйств. ст. сов. Елагина, дозволяется старшему изъ сыновей его, Аѳиногену, родившемуся прежде, нежели родители его сочетались законнымъ супружествомъ, именоваться фамиліею Елагина и пользоваться, какъ наслѣдственными правами, равными съ меньшимъ его братомъ, такъ и дворянскимъ достоинствомъ» (см. докладъ К. И. Дылевскаго въ протоколахъ С.-Петербургскаго юридическаго общества 1883 года, стр. 82). Конечно, эти сепаратные указы послѣдовали почти исключительно по ходатайствамъ лицъ дворянскаго происхожденія, занимавшихъ по званію или чину своему видное общественное положеніе. Институтъ узаконенія въ видѣ болѣе или менѣе общаго учрежденія появился впервые при императорѣ Александрѣ I.

13 іюля 1801 года воспослѣдовало Высочайше утвержденное мнѣніе гос. совѣта о томъ, что дѣтей, рожденныхъ прежде супружества отъ матери, впослѣдствіи бракомъ соединенной «безъ всякаго сомнѣнія можно вводить во всѣ права фамиліи и наслѣдства, законнымъ дѣтямъ принадлежащія, признавая мѣру эту не только справедливою, *но и весьма побудительною къ заключенію законныхъ супружествъ*, и къ прикрытію соблазна, какой отъ сожитій, бракомъ неутвержденныхъ, произойти можетъ».

По вопросу о томъ, можно ли узаконять дѣтей, рожденныхъ до

брака, по смерти ихъ отца, по ходатайству одной матери, мнѣніемъ государственнаго совѣта 15 марта 1810 года было высказано, что такъ какъ по общимъ узаконеніямъ дѣти слѣдуютъ состоянію отца и отъ него получаютъ личныя права свои, а не отъ матери, то по сему, когда отецъ при жизни не просилъ объ узаконеніи,—просьба матери и родственниковъ по введенію дѣтей въ правѣ отца не довлѣетъ. Въ 1810 году производство дѣлъ объ узаконеніи возложено было на учрежденную 1 января того же года коммиссію прошеній. Въ ней принято было за общее правило входить съ представленіемъ объ узаконеніи тѣхъ только дѣтей, которыя прижиты двумя свободными отъ супружества лицами, сочетавшимися впослѣдствіи законнымъ бракомъ, и потому къ требуемымъ справкамъ о бракѣ присоединенъ былъ вопросъ: не былъ ли проситель до настоящаго брака женатъ на другой, или жена его въ замужествѣ за другимъ, и въ семъ случаѣ, когда первая его жена или жены его первый мужъ умерли? (см. докладъ К. И. Дылевскаго, стр. 85—89). При императорѣ Николаѣ I наступила реакція въ законодательствѣ объ узаконеніи дѣтей, рожденныхъ до брака. 2 января 1829 года объявлено было Высочайшее повелѣніе слѣдующаго содержанія: «Е. И. Величество, разсмотрѣвъ разныя мнѣнія въ государственномъ совѣтѣ послѣдовавшія, по предмету усыновленія воспитанниковъ и сопричтенія къ законнымъ дѣтямъ рожденныхъ тѣми же родителями до брака, и уваживъ, что узаконеніе незаконнорожденныхъ дѣтей, кромѣ неудобства, несогласно съ духовными и гражданскими законами, Высочайше повелѣть соизволилъ: существующія на предметъ сей правила отмѣнить и впредь не давать хода прошеніямъ ни объ усыновленіи воспитанниковъ, ни о сопричтеніи къ законнымъ дѣтямъ, до брака рожденныхъ» (П. С. З. № 3027). Содержаніе этого высочайшаго повелѣнія вошло въ текстъ прим. къ ст. 144 т. X. ч. 1 изданія 1857 года; въ изданіи же 1887 года примѣчаніе это исключено.

Со времени изданія закона 2 января 1829 года въ теченіе 26 лѣтъ не только не послѣдовало облегченія въ участи незаконнорожденныхъ, но появлялись законы, отягчавшіе ихъ положеніе. Такъ, въ 1837 году воспрещено было обращать въ государственную службу изъ незаконнорожденныхъ и помѣщать ихъ въ уѣздныя училища, гимназіи, коммерческое училище и др. подобныя заведенія. Безправное положеніе дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, съ особенною рѣзкостью формулировано въ ст. 136 гр. зак. «Незаконныя дѣти, хотя бы они и были воспитаны тѣми, которые именуются ихъ родителями, не имѣютъ права на имя фамиліи отца и законное послѣ него или послѣ матери своей въ имуществѣ наслѣдство».

Со вступленіемъ на престолъ Императора Александра II въ юридическомъ положеніи незаконныхъ дѣтей наступаетъ перемѣна къ лучшему. 9 апрѣля 1858 года утверждены были правила, касающіяся узаконенія дѣтей, рожденныхъ внѣ брака. Въ нихъ между прочимъ выражено, что законъ 2 января 1829 года не отмѣняется, но изъ него, по особымъ достойнымъ уваженія обстоятельствамъ, могутъ быть допускаемы изъятія для дѣтей, коихъ родители, послѣ рожденія ихъ, соединились законнымъ бракомъ, съ соблюденіемъ слѣдующихъ правилъ: 1) просьбы сего рода принимать только отъ отца тѣхъ дѣтей, коихъ проситель желаетъ узаконить; 2) при разсмотрѣніи сихъ просьбъ обращать вниманіе на заслуги, оказаныя или оказываемыя просителемъ, или тѣми его дѣтьми, коихъ онъ желаетъ узаконить, и принимать надлежащія мѣры для точнѣйшаго удостовѣренія въ томъ, что всѣ они рождены отъ той, съ которою отецъ ихъ, впослѣдствіи, вступилъ въ бракъ, и не въ прелюбодѣйной съ нею связи, то есть, не при существованіи другаго супружества, не расторгнутаго ни смертью, ни постановленіемъ суда духовнаго; 3) по собраніи всѣхъ означенныхъ въ предшедшей статьѣ свѣдѣній, представлять на Высочайшее усмотрѣніе какъ сіи, установленнымъ порядкомъ удостовѣренныя свѣдѣнія, такъ и основанное на оныхъ заключенія.

Съ теченіемъ времени нѣкоторыя изъ выраженныхъ въ означенныхъ правилахъ условія были ослаблены, было много случаевъ узаконенія дѣтей посредствомъ послѣдующаго брака ихъ родителей, по просьбамъ вдовы матери, если отецъ при жизни не успѣлъ заявить просьбы, но признавалъ ребенка своимъ. Затѣмъ, удовлетворялись ходатайства не только лицъ, не занимавшихъ виднаго служебнаго положенія, но и не состоящихъ на службѣ и даже иностранцевъ (см. докладъ К. И. Дылевскаго стр., 97 и 98).

Изъ приведенныхъ историческихъ справокъ видно, что институтъ узаконенія дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, въ видѣ такъ наз. legitimatio per rescriptum principis не чуждъ нашему законодательству, что судьба и положеніе незаконныхъ дѣтей зависѣли отъ господствовавшаго въ данный историческій моментъ государственно-общественнаго строя и отъ проникавшихъ въ общественное сознаніе идей, и что всѣ ходатайства объ узаконеніи восходили на благоусмотрѣніе верховной власти.

Законъ 12 марта 1891 года впервые вводитъ узаконеніе дѣтей, какъ цѣльный законченный правовой институтъ, имѣющій прочную, не подверженную колебаніямъ и случайностямъ основу и отличающійся всесословностью и всеобщностью. Характеристическая черта новаго

закона заключается въ томъ, что институтъ узаконенія поставленъ на ряду со всѣми другими гражданско-правовыми учрежденіями, а самый актъ узаконенія исходитъ отъ судебной власти. Рядомъ съ правилами о легитимаціи законъ 12 марта содержитъ въ себѣ правила о другомъ институтѣ семейнаго права—объ усыновленіи. Искусственное *сыновство* (усыновленіе) или пріемъ сторонняго лица въ составъ семьи, на условіяхъ сообщенія правъ сыновнихъ, совершался у насъ издревле. Византійское право принесло намъ точныя узаконенія о томъ; между прочимъ, этими узаконеніями отрицательно разрѣшался вопросъ: могутъ ли быть усыновляемы собственныя (незаконнорожденныя) дѣти посредствомъ гражданскаго акта или посредствомъ послѣдующей женитьбы на ихъ матери. Совершалось усыновленіе посредствомъ особаго акта, исходящаго отъ церковной власти; освѣщалось оно особымъ церковнымъ обрядомъ—сынотворенія. Въ русскомъ обычномъ правѣ усыновленіе совершалось или черезъ обрядъ фиктивнаго рожденія, или черезъ женитьбу на вдовѣ брата, или чрезъ физическій пріемъ усыновляемаго въ домъ, или черезъ особый договорный актъ между усыновителемъ и усыновляемымъ (см. у Владимірскаго-Буданова: «Обзоръ исторіи русскаго права», вып. II, стр. 137).

Новый законъ озаглавленъ: «о дѣтяхъ узаконенныхъ и усыновленныхъ»; онъ формулируетъ условія и порядокъ узаконенія и усыновленія и юридическія послѣдствія того и другого. Фактъ рожденія установляетъ естественную кровную связь между родителями и родившимся; какъ въ мірѣ животныхъ, такъ и между людьми связь эта или близость особей проявляется въ сферѣ психической и матеріально-экономической: въ чувствѣ любви и привязанности, доходящемъ до самоотверженія, въ постоянномъ попеченіи родителей о своихъ дѣтяхъ, въ напряженіи родителями всѣхъ своихъ силъ для того, чтобы сдѣлать возможнымъ существованіе дѣтей и т. д. Всѣ эти явленія коренятся въ самой природѣ живыхъ существъ и относятся къ области біологіи. Они существуютъ во всякомъ состояніи человѣческаго общества, независимо отъ его культуры, отъ соціально-правового порядка; мы ихъ встрѣчаемъ на всякой ступени человѣческаго общежитія. Конечно, формы, въ которыхъ выражаются отношенія родителей къ дѣтямъ, различны и зависятъ отъ степени интеллектуальнаго и нравственнаго развитія данной общественной среды, отъ ея матеріальнаго благосостоянія, но сущность этихъ отношеній, ихъ основа—остается одна и та же во всѣ періоды исторіи человѣческаго общества. Съ постепеннымъ ростомъ и усиленіемъ государственной и церковной власти росло и усиливалось вмѣшательство права и за-

кона въ отношенія, образуемыя фактомъ рожденія; все ярче и ярче выступаетъ различіе между дѣтьми естественными и законными. Только послѣднія пользуются покровительствомъ закона и имъ охраняются: только для нихъ фактъ рожденія установляетъ извѣстныя права и обязанности по отношенію къ родителямъ (право на содержаніе и воспитаніе, право наслѣдованія, права состоянія и проч.). Доходитъ до того, что фактъ рожденія самъ по себѣ не создаетъ никакихъ правовыхъ отношеній между родившимся и его родителями. Принципъ, принятый всѣми цивилизованными законодательствами и освященный вѣками тотъ, что рожденію долженъ предшествовать легальный бракъ и лишь тогда рожденіе признается правопроизводящимъ фактомъ.

II.

Новый законъ въ первой своей части регулируетъ, во-первыхъ, положеніе дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, когда родители ихъ сочетались впослѣдствіи бракомъ, и, во-вторыхъ, положеніе дѣтей, рожденныхъ отъ такого брака, который признанъ недѣйствительнымъ. По первому предмету нормы постановлены лишь для христіанскаго населенія, такъ что положеніе натуральныхъ дѣтей не-христіанъ остается по прежнему внѣ законодательныхъ опредѣленій. Намъ не извѣстны мотивы такого ограниченія: казалось бы, что тѣ же гуманныя соображенія, которыя легли въ основу новаго закона, должны бы руководить законодателя по отношенію ко всѣмъ одинаково, независимо отъ конфессіональнаго ихъ положенія. Вѣдь правовыя послѣдствія брака и рожденія одинаковы для всѣхъ, лишь бы бракъ совершенъ былъ по правиламъ данной церкви; отсюда логическій выводъ, что и легитимація путемъ послѣдующаго брака должна бы быть допущена для всѣхъ одинаково.

По новому закону путемъ брака узаконяются дѣти, рожденныя внѣ брака (п. 1 ст. III=ст. 144[1] п. 1 Гражд. Зак. по прод. 1891 г.). Это и есть legitimatio per subsequens matrimonium. Субъектами узаконенія являются, съ одной стороны, родители, съ другой—дѣти, основаніемъ узаконенія служитъ бракъ родителей. Такимъ образомъ, бракъ обращаетъ естественное отношеніе между родителями и дѣтьми, родившимися до брака, въ правовое отношеніе. Легимитимація путемъ брака не допускается относительно дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія (т. е. отъ связи съ замужнею женщиною или съ женатымъ мужчиною). Такое ограниченіе встрѣчается въ западно-европей-

скихъ кодексахъ и основано преимущественно на началахъ этики и религіи, хотя съ раціоналистической точки зрѣнія это ограниченіе не можетъ быть оправдано. Оно не согласно и съ основною гуманною идеею новаго закона; благодѣяніемъ его должны бы воспользоваться всѣ ни въ чемъ неповинныя дѣти, отъ какихъ бы родителей они ни происходили. Даже при существовавшемъ прежде порядкѣ законность ребенка, рожденнаго отъ прелюбодѣянія, не была чѣмъ-то безусловно немыслимымъ. Если послѣ зачатія ребенка, но до его рожденія, совершилось, во первыхъ, расторженіе прежняго брака, во вторыхъ, заключеніе новаго между настоящими родителями ребенка, то онъ признавался и признается законнымъ, хотя бы онъ родился черезъ нѣсколько дней или часовъ послѣ бракосочетанія (ст. 119 п. 1. X т. I ч.; см. Вѣстникъ Европы 1891 г. май, внутр. обозр.). Замѣчу, что большинство членовъ С.-Петербургскаго юридическаго общества высказалось въ 1883 г. за возможность узаконенія дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія, наравнѣ со всѣми другими дѣтьми.

Вопросъ о томъ, произошелъ ли узаконенный отъ прелюбодѣянія, разрѣшается тѣмъ же судомъ (гражданскимъ), которому подана просьба объ узаконеніи, и никакого преюдиціальнаго производства уголовнаго суда не требуется. Фактъ прелюбодѣнія, независимо отъ его уголовныхъ послѣдствій, можетъ быть констатированъ судомъ гражданскимъ изъ представленныхъ ему метрическихъ свидѣтельствъ. На это указываетъ ст. 1460^{2} уст. гражд. суд. (по новому закону), по которой лица, вступившія во второе или третье супружество, обязаны представить метрическія свидѣтельства о прежнихъ ихъ бракахъ и времени прекращенія этихъ послѣднихъ. Если изъ совокупнаго разсмотрѣнія этихъ свидѣтельствъ и свидѣтельства о рожденіи ребенка обнаружится, что онъ происходитъ отъ прелюбодѣянія, то это служитъ препятствіемъ къ узаконенію (п. 1 ст. III новаго закона=ст. 144^{1} п. 1 Гр. 3. по прод. 1891 г.).

Узаконенныя дѣти почитаются законными со дня вступленія ихъ родителей въ бракъ и пользуются съ этого времени всѣми правами законныхъ дѣтей, отъ сего брака рожденныхъ (тамъ же п. 3). Въ этомъ положеніи сконцентрированы всѣ юридическія послѣдствія узаконенія: узаконенный сравнивается во всемъ съ законными дѣтьми своихъ родителей. Такъ какъ легитимація обусловливается бракомъ, то и права законныхъ дѣтей возникаютъ со времени заключенія брака, а не со времени ихъ рожденія. Такимъ образомъ послѣдующій между родителями узаконяемаго бракъ не ретроагируетъ на правовую сферу ребенка за время отъ его рожденія до брака его родителей: за все

это время онъ считается незаконнымъ и не пользуется, между прочимъ, наслѣдствомъ, открывшимся для его родителей до вступленія ихъ въ бракъ, но не принятымъ ими при жизни. Итакъ, событіе брака служитъ юридическимъ основаніемъ (justus titulus) къ узаконенію дѣтей, рожденныхъ до брака. Но самый актъ узаконенія считается совершившимся лишь тогда, когда о томъ состоялось судебное опредѣленіе, вошедшее въ законную силу. Безъ такого опредѣленія бракъ самъ по себѣ не имѣетъ никакого вліянія на участь дѣтей, рожденныхъ до брака.

Новый законъ относитъ процессъ или актъ узаконенія къ вѣдомству окружнаго суда, въ округѣ котораго имѣютъ постоянное мѣстожительство родители ребенка или сей послѣдній (ст. 1460[1] уст. гражд. суд.). Просьба объ узаконеніи подается (или присылается по почтѣ) отцомъ и матерью ребенка съ письменнымъ заявленіемъ о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ (ст. 1460[1] и 1460[2]). Законъ не допускаетъ *подачи* этихъ просьбъ чрезъ повѣренныхъ; это ограниченіе слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что вообще дѣло объ узаконеніи не можетъ быть ведено черезъ постороннихъ лицъ, вѣроятно, съ цѣлью сохраненія семейной тайны и огражденія чести и добраго имени узаконяемаго. Этимъ объясняется и требованіе закона о томъ, чтобы дѣла объ узаконеніи разсматривались судомъ при закрытыхъ дверяхъ (ст. 1460[5]).

Необходимо ли, чтобы просьба объ узаконеніи исходила непремѣнно *отъ самихъ родителей ребенка?* Внимательное разсмотрѣніе новаго закона, явно клонящагося къ улучшенію положенія рожденныхъ внѣ брака дѣтей и къ дарованію имъ правъ законныхъ дѣтей, приводитъ къ тому заключенію, что для узаконенія требуются два условія: совершеніе брака между родителями ребенка и письменное заявленіе ихъ о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ. Поэтому, если одинъ изъ родителей или оба они умерли послѣ совершенія брака и послѣ заявленія о происхожденіи отъ нихъ ребенка, но до подачи просьбы объ узаконеніи, то таковая можетъ быть, по моему мнѣнію, подана оставшимся въ живыхъ родителемъ, а въ случаѣ смерти обоихъ родителей, лицами, заступающими ихъ мѣсто или самими дѣтьми, достигшими совершеннолѣтія, а въ случаѣ малолѣтства ихъ опекунами. Нигдѣ въ законѣ нѣтъ положительнаго требованія, чтобы *сами родители* ходатайствовали передъ судомъ объ узаконеніи, а говорится лишь о «просителяхъ»; было бы не согласно съ идеею новаго закона ставить лигитимацію въ зависимость отъ случайнаго обстоятельства, отъ нахожденія въ живыхъ родителей узаконяемаго

во время подачи просьбы объ узаконеніи Если бы законъ безусловно требовалъ, чтобы просьба объ узаконеніи подаваема была самими родителями ребенка (а никѣмъ другимъ), то незачѣмъ было бы постановлять, чтобы при просьбѣ было представлено письменное заявленіе отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ (ст. 1460²): уже ходатайство самихъ родителей объ узаконеніи вполнѣ свидѣтельствуетъ о такомъ признаніи. Заявленіе отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ, должно быть *письменное*, такъ что оно не можетъ быть замѣняемо свидѣтельскими показаніями или словеснымъ заявленіемъ родителей передъ судомъ; оно имѣетъ значеніе *признанія* родителями происхожденія отъ нихъ дитяти, и можетъ быть сдѣлано, по моему мнѣнію, и при рожденіи ребенка или при совершеніи брака, при запискѣ рожденія или брака въ метрическія книги, или же послѣ, такъ какъ законъ не опредѣляетъ, въ какой именно моментъ заявленіе должно быть сдѣлано. Необходимо только, чтобы судъ имѣлъ въ виду это заявленіе. Нашъ кассаціонный судъ тоже склоняется въ пользу болѣе широкаго толкованія ст. 146² уст. гр. суд. Въ основѣ закона 12 марта 1891 г. говоритъ сенатъ, лежитъ мысль, что узаконеніе дѣтей непосредственно связано съ бракомъ ихъ родителей, что постоновляемое о семъ опредѣленіе суда лишь удостовѣряетъ происшедшее узаконеніе и что отсюда само собою слѣдуетъ, что въ случаѣ смерти родителей. вступившихъ въ бракъ, ходатайство объ укрѣпленіи за ихъ добрачными дѣтьми правъ законныхъ дѣтей можетъ быть заявлено лицомъ, заступающимъ мѣсто родителей. Правило ст. 1460², требующее представленія при просьбѣ объ узаконеніи дѣтей письменнаго заявленія отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ, имѣетъ примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда просьба объ узаконеніи подается не самими родителями ребенка, а заступающими ихъ мѣсто; но правило это не относится до тѣхъ случавъ, когда родители въ просьбѣ объ узаконеніи добрачнаго ребенка называютъ его своимъ сыномъ (кас. р. № 102—94 г.).

Хотя законъ, повидимому, ограничиваетъ право просить объ узаконеніи годовымъ срокомъ со дня совершенія брака, но пропускъ этого срока не влечетъ никакихъ послѣдствій: должны быть только объяснены причины, оправдывающія такое промедленіе (ст. 1640²). Законъ не ограничиваетъ легитимаціи опредѣленнымъ возрастомъ узаконяемаго или опредѣленнымъ промежуткомъ времени между рожданіемъ узаконяемаго и бракомъ его родителей. Въ случаѣ смерти узаконяемаго до легитимаціи его и оставленія послѣ себя потомства,

узаконеніе, по моему мнѣнію, должно быть допускаемо. Законъ, во первыхъ, не ставить узаконенія въ зависимость отъ нахожденія въ живыхъ узаконяемаго; во-вторыхъ, легитимація служитъ источникомъ правъ не только для узаконяемаго лично, но и для его потомства и родственниковъ, вводитъ ихъ всѣхъ въ тотъ же родъ, къ которому принадлежатъ родители узаконяемаго; слѣдовательно, при наличности двухъ основныхъ условій легитимаціи: брака и признанія родителей, нѣтъ никакого основанія отказывать въ узаконеніи единственно потому, что узаконяемаго нѣтъ въ живыхъ; этимъ нарушились бы права лицъ, законное происхожденіе которыхъ отъ умершаго не подвержено сомнѣнію.

Фактъ рожденія узаконяемаго лица и брака его родителей долженъ быть удостовѣренъ при самомъ ходатайствѣ объ узаконеніи представленіемъ метрическихъ о томъ свидѣтельствъ (ст. 1460[2]). Слѣдовательно, факты эти не могутъ быть удостовѣряемы свидѣтелями или дознаніемъ черезъ окольныхъ людей. Кромѣ того, если родители узаконяемаго вступили во второй или третій бракъ, то при ходатайствѣ о легитимаціи должны быть представлены метрическія свидѣтельства о прежнихъ ихъ бракахъ и о времени ихъ прекращенія (тамъ же). Такое требованіе основано на томъ соображеніи, что лица, происшедшія отъ прелюбодѣянія, не подлежатъ легитимаціи (п. 1, ст. III новаго закона=ст. 144 п. I гр. зак. по прод. 1891 г.). Сопоставленіемъ времени рожденія, узаконяемаго съ временемъ вступленія его родителей во-второй или третій бракъ и прекращенія прежнихъ браковъ можетъ быть выясненъ вопросъ о томъ, происходитъ ли узаконяемый отъ прелюбодѣнія или нѣтъ. Изложенное показываетъ, что всѣ факты, служащіе основаніемъ къ легитимаціи, должны быть удостовѣряемы *письменными* доказательствами: безъ этого легитимація не допускается. Актъ легитимаціи совершается, какъ упомянуто, *судебнымъ опредѣленіемъ*. Такое опредѣленіе постановляется лишь тогда, когда судъ изъ представленныхъ доказательствъ удостовѣрится въ *возможности* происхожденія ребенка отъ признающихъ себя его родителями и въ тожествѣ признающей себя матерью ребенка съ тою, которая означена въ метрическомъ свидѣтельствѣ о его рожденіи (ст. 1640[1]). Метрическія свидѣтельства могутъ содержать въ себѣ данныя, исключающія возможность происхожденія узаконяемаго отъ признающихъ себя его родителями (напр., первый старше послѣднихъ или одного возраста съ ними или же между ними незначительная разница въ лѣтахъ); но судъ вмѣстѣ съ тѣмъ не обязанъ, да и не можетъ удостовѣриться въ *дѣйствительности* про-

исхожденія узаконяемаго отъ признающихъ себя его родителями: достаточна возможность такого происхожденія. Тожество признающей себя матерью ребенка съ тою, которая означена въ метрическомъ свидѣтельствѣ о его рожденіи, можетъ быть выведено изъ сопоставленія званія, имени, отчества и фамиліи матери ребенка, показанныхъ въ томъ свидѣтельствѣ, а также времени рожденія ребенка, съ тѣми же данными, возрастомъ невѣсты и временемъ совершенія брака, показанными въ свидѣтельствѣ о бракѣ. Тожество это должно быть положительно удостовѣрено: въ случаѣ сомнѣнія легитимація не допускается. Судъ обязанъ также удостовѣриться въ отсутствіи законныхъ препятствій къ узаконенію ребенка (ст. 1460^{4}). Подъ этими препятствіями законъ, мнѣ кажется, разумѣетъ происхожденіе ребенка отъ прелюбодѣянія, такъ какъ при наличности упомянутаго заявленія и означенныхъ метрическихъ свидѣтельствъ другихъ препятствій не можетъ быть. Все производство объ узаконеніи слагается изъ трехъ моментовъ: подачи просьбы, засѣданія и постановленія опредѣленія объ узаконеніи или объ отказѣ въ узаконеніи. Словесныя объясненія просителей не существенны: они извѣщаются о засѣданіи, но неявка ихъ не служитъ препятствіемъ къ постановленію опредѣленія (ст. 1640^{1}).

Опредѣленіе объ узаконеніи или объ отказѣ въ таковомъ можетъ быть обжаловано, какъ со стороны лицъ, просившихъ объ узаконеніи и самаго узаконяемаго или его потомства, такъ и со стороны прокурора въ томъ же порядкѣ и въ тотъ же срокъ, который опредѣленъ въ законѣ для частныхъ жалобъ (ст. 1640^{6}). Выраженіе «участвующихъ въ дѣлѣ лицъ» обнимаетъ, по моему мнѣнію, и *узаконяемаго*, такъ какъ дѣло объ узаконеніи касается его непосредственно и было бы несправедливо ограничивать право жалобы лишь родителями или заступающими ихъ мѣсто, тѣмъ болѣе что, какъ упомянуто выше, объ узаконеніи можетъ просить и самъ узаконяемый. Въ виду того, что узаконенный пріобрѣтаетъ и публичныя права, законъ требуетъ по дѣламъ объ узаконеніи участія лица прокурорскаго надзора, которому и предоставляется право жалобы (ст. 1460^{5} и 1460^{6}). Это право вполнѣ обезпечиваетъ правильность узаконенія и служитъ предупредительною мѣрою противъ возможныхъ злоупотребленій по этому предмету. Опредѣленіе объ узаконеніи подлежитъ исполненію по вступленіи его въ законную силу, т. е. если въ теченіе двухъ недѣль со дня объявленія опредѣленія не было принесено жалобы или же если жалоба прокурора на опредѣленіе суда объ узаконеніи оставлена судебною палатою безъ послѣдствій. Исполненіе заключается главнымъ образомъ въ

томъ, что прежнее метрическое свидѣтельство о рожденіи узаконяемаго замѣняется новымъ, выдаваемымъ судомъ свидѣтельствомъ о рожденіи узаконяемаго, которое *во всѣхъ случаяхъ* имѣетъ ту же силу, какъ метрическое (ст. 1460[7]). Это свидѣтельство имѣетъ весьма важное значеніе для узаконяемаго и для его потомства: имъ уничтожается всякій слѣдъ незаконности рожденія узаконяемаго и устраняется всякій поводъ къ укорамъ и оскорбленіямъ въ школѣ и въ обществѣ. Съ этою цѣлью въ новомъ свидѣтельствѣ (форма его приложена къ ст. 1460[7]) ничего не упоминается о прежнемъ происхожденіи узаконяемаго, а обозначается лишь время рожденія его и кто его законные родители. На прежнемъ же свидѣтельствѣ дѣлается надпись о состоявшемся опредѣленіи суда и оно, по моему мнѣнію, оставляется при дѣлѣ, какъ одинъ изъ актовъ производства, замѣненный новымъ актомъ. О состоявшемся опредѣленіи судъ сообщаетъ той духовной консисторіи, гдѣ хранится метрическая книга, въ которой записано рожденіе узаконяемаго; духовная консисторія отмѣчаетъ объ узаконеніи на соотвѣтствующемъ мѣстѣ метрической книги (ст. 1460[7]). Изложенное показываетъ, что просьбы объ узаконеніи подаются и разрѣшаются въ частномъ, охранительномъ порядкѣ судопроизводства, и никакой другой порядокъ по этому предмету не установленъ. На это указываетъ, между прочимъ, самая кодификація процессуальныхъ правилъ объ узаконеніи и усыновленіи: они составляютъ дополненіе къ четвертой книгѣ устава гражд. судопр. объ охранительномъ судопроизводствѣ. Опредѣленіе суда объ узаконеніи или объ отказѣ въ ономъ можетъ быть отмѣнено судебною палатою только по жалобѣ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, или прокурора, поданной въ частномъ порядкѣ. Посторонніе же лица, хотя имѣющія интересъ по этому предмету, лишены, повидимому, права вступленія въ дѣло или принесенія жалобы. Точно также ни участвовавшіе въ дѣлѣ, ни третьи лица не могутъ просить объ узаконеніи или оспаривать таковое въ *исковомъ* порядкѣ. Такое заключеніе подтверждается, во-первыхъ, отсутствіемъ въ новомъ законѣ указанія по этому предмету, какъ это, напримѣръ, сдѣлано относительно усыновленія (ст. 1460[12]), а также относительно утвержденія къ исполненію духовныхъ завѣщаній (ст. 1066[10], 1066[11]—1066[14] X т. 1 ч.); во-вторыхъ, основаніемъ узаконенія, какъ мы видѣли, служитъ бракъ родителей узаконяемаго и заявленіе ихъ о томъ, что послѣдній происходитъ отъ нихъ; это заявленіе равносильно признанію; опредѣленіемъ же суда санкціонируется законность рожденія лица. Оно имѣетъ такое же послѣдствіе, какое бы имѣла первоначальная записка младенца въ метрической

книгѣ законорожденнымъ (см. выше). Слѣдовательно, здѣсь есть полное основаніе примѣнять, по аналогіи, статью 1349 уст. гр. суд., въ силу которой споръ противъ законности рожденія младенца не допускается, если младенецъ записанъ въ метрической книгѣ законорожденнымъ и при сей записи росписался мужъ матери младенца. Такимъ образомъ, по моему мнѣнію, свидѣтельство, выданное судомъ, постановившимъ опредѣленіе объ узаконеніи, не можетъ быть уничтожено въ исковомъ порядкѣ судопроизводства. Въ одномъ только случаѣ выданное судомъ свидѣтельство о рожденіи, а слѣдовательно и опредѣленіе суда объ узаконеніи теряетъ силу, а именно, когда бракъ, служившій основаніемъ узаконенія, признанъ по приговору подлежащаго (т. е. духовнаго) суда незаконнымъ и недѣйствительнымъ, а также, когда бракъ этотъ расторгнутъ. Въ этомъ случаѣ «права узаконенныхъ симъ бракомъ дѣтей опредѣляются на томъ же основаніи, какъ и права дѣтей, рожденныхъ въ бракѣ» (п. 4 ст. III закона 12 марта 1891 г. = ст. 144^1, п. 4 гр. зак., по прод 1891 г.). На основаніи же 4 п. ст. 132 X т., 1 ч. признаются незаконными дѣти, прижитыя въ бракѣ, который по приговору подлежащаго суда признанъ незаконнымъ и недѣйствительнымъ. Точно также, когда бракъ расторгнутъ по совершенной, надлежащимъ образомъ доказанной, неспособности мужа къ супружескому сожитію, то дѣти, рожденныя при существованіи сего брака, признаются также незаконными (ст. 134 X т. 1 ч.). Въ этихъ случаяхъ и узаконеніе должно считаться недѣйствительнымъ, такъ какъ оно не можетъ имѣть большее значеніе, чѣмъ рожденіе въ бракѣ. Но съ другой стороны, изъ выраженія «права узаконенныхъ симъ бракомъ дѣтей опредѣляются на томъ же основаніи, какъ и права дѣтей, рожденныхъ въ бракѣ», несомнѣнно слѣдуетъ, что на узаконенныхъ должно быть распространяемо правило, изложенное въ 1 п. ст. II новаго закона (ст. 133 гр. зак., по прод. 1891 г.) о томъ, что родители происшедшихъ отъ недѣйствительнаго брака дѣтей подчиняются, до совершеннолѣтія сихъ послѣднихъ, обязанностямъ, опредѣленнымъ въ ст. 172 законовъ гражданскихъ, такъ что и узаконенные, въ случаѣ недѣйствительности брака имѣютъ право на алименты и воспитаніе.

Относительно дѣтей, прижитыхъ въ бракѣ, признанномъ незаконнымъ и недѣйствительнымъ, новый законъ сдѣлалъ шагъ впередъ. По смыслу прежде дѣйствовавшей, нынѣ замѣненной, статьи 133 X т. 1 ч., только участь дѣтей, прижитыхъ отъ путативнаго брака (т. е. такого противозаконнаго брака, въ который одинъ изъ супруговъ вовлеченъ обманомъ или насиліемъ), «можетъ по изслѣдованіи и со-

ображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла быть повергаема судомъ на особое милостивое усмотрѣніе Высочайшей власти». Отсюда слѣдуетъ, что дѣти, происшедшія отъ брака, совершеннаго противозаконно *завѣдомо* для обоихъ супруговъ, не могли пользоваться Монаршею милостью: они безповоротно признавались незаконными (п. 4 ст. 132, X т. 1 ч.). Даже дѣтямъ, рожденнымъ отъ путативныхъ браковъ, Монаршая милость даруетъ только имущественныя и притомъ ограниченныя права, а не личныя (напр., фамиліи) и сословныя права: по ст. 137 X т. 1 ч. (очевидно, имѣющей непосредственное отношеніе къ ст. 133) лицо, рожденное отъ недѣйствительнаго брака, хотя бы по Монаршей милости ему и былъ предоставленъ какой-либо удѣлъ въ родительскомъ имѣніи, не пріобрѣтаетъ чрезъ то правъ на наслѣдство послѣ другихъ родственниковъ. Такимъ образомъ, по смыслу дѣйствовавшаго закона, лицо, родившееся отъ путативнаго брака и облагодѣтельствованное Монархомъ, не пользовалось однако вполнѣ правами законорожденныхъ. Новый законъ разрѣшаетъ *подлежащему* суду ходатайствовать предъ Монархомъ *во всѣхъ* случаяхъ признанія брака незаконнымъ и недѣйствительнымъ, *о сохраненіи за дѣтьми, рожденными въ семъ бракѣ, правъ законныхъ дѣтей* (п. 2 ст. II закона 12 марта 1891 года,=ст. 133 гр. зак. по прод. 1891 г.). Въ этомъ ярко выражается гуманное направленіе новаго закона. Всѣ дѣти, прижитыя въ бракѣ вообще, а не только въ путативномъ бракѣ, признанномъ недѣйствительнымъ и незаконнымъ, могутъ сохранить права законныхъ дѣтей (слѣдовательно, какъ права имущественныя, такъ и права публичныя), на основаніи Монаршаго соизволенія, испрашиваемаго судомъ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что по смыслу 2 п. ст. II новаго закона, (ст. 133 зак. гр. по прод. 1891 г.), въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣшеніе духовнаго суда объ уничтоженіи брака постановляется *послѣ* окончанія суда уголовнаго (ст. 1012 и 1013 уст. угол. суд.), заинтересованныя лица (родители или дѣти) должны подать въ окружный судъ по мѣсту постояннаго жительства родителей ребенка или сего послѣдняго просьбу объ исходатайствованіи Всемилостивѣйшаго соизволенія о сохраненіи за дѣтьми, рожденными въ бракѣ, уничтоженномъ рѣшеніемъ духовнаго суда, правъ законныхъ дѣтей (тамъ же). Въ этомъ случаѣ возникаетъ особое производство, аналогичное съ производствомъ объ узаконеніи (это видно изъ ссылки на ст. 1460^1 и 1460^5 уст. гр. суд.),такъ какъ судъ уголовный, разсматривавшій преступное дѣяніе, оконченъ еще до уничтоженія брака судомъ духовнымъ. Но когда уголовный судъ разсматриваетъ дѣло *послѣ* уничтоженія брака по рѣшенію духовнаго суда, то *самъ*

судъ (уголовный), *и помимо просьбы родителей или дѣтей,* можетъ во вниманіе къ обстоятельствамъ, заслуживающимъ снисхожденія, ходатайствовать предъ Монархомъ о сохраненіи за дѣтьми правъ законныхъ дѣтей. Въ этомъ случаѣ уголовный судъ уже имѣетъ передъ собою рѣшеніе духовнаго суда объ уничтоженіи брака, послѣдствіемъ чего является незаконность прижитыхъ въ этомъ бракѣ дѣтей. Предоставленное суду драгоцѣнное право ходатайства передъ Монархомъ относительно дѣтей, *прижитыхъ въ незаконномъ бракѣ*, должно имѣть полное примѣненіе и относительно дѣтей, *узаконенныхъ этимъ бракомъ,* такъ какъ, по 4 п. ст. III новаго закона (ст. 144[1] п. 4 гр. з. по прод. 1891 г.), права дѣтей, узаконенныхъ бракомъ, признаннымъ недѣйствительнымъ и незаконнымъ, опредѣляются на томъ же основаніи, какъ и права дѣтей, рожденныхъ въ бракѣ (см. выше); такимъ образомъ, все, сказанное нами по поводу 2 п. ст. II новаго закона, относится и къ дѣтямъ узаконеннымъ.

И такъ, законъ 12 марта 1891 г. съуживаетъ кругъ незаконныхъ дѣтей и значительно смягчаетъ ригоризмъ прежняго законодательства по этому предмету. У насъ теперь окончательно принятъ институтъ legitimatio per subsequens matrimonium, причемъ актъ легитимаціи совершается судомъ для всѣхъ одинаково на основаніи обязательныхъ для него нормъ; ему же *пока* предоставлено, въ извѣстныхъ случаяхъ, ходатайствовать передъ Монархомъ о сохраненіи за дѣтьми, рожденными въ незаконномъ бракѣ, или узаконенными симъ бракомъ, правъ законныхъ дѣтей. Мы говоримъ *пока* потому, что ближайшій шагъ въ томъ же гуманномъ направленіи по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ можетъ привести къ тому, что самому суду будетъ предоставлено при наличности заслуживающихъ уваженія обстоятельствъ постановлять о сохраненіи за дѣтьми, рожденными въ незаконномъ бракѣ, или узаконенными этимъ бракомъ, правъ законныхъ дѣтей, примѣняясь къ тому же порядку производства, который установленъ для узаконенія дѣтей. Тогда особые Высочайшіе указы на сопричтеніе къ законнымъ дѣтямъ замѣнятся вошедшими въ законную силу судебными опредѣленіями, которыя, собственно говоря, и по всѣмъ вообще дѣламъ постановляются по указу Его Императорскаго Величества. Замѣчу, что согласно прим. къ ст. 1460[7] новаго закона, въ тѣхъ случаяхъ, когда на сопричтеніе къ законнымъ дѣтямъ послѣдовали особые Высочайшіе указы, свидѣтельства о рожденіи, взамѣнъ метрическихъ, выдаются *судомъ* [1]).

[1]) Законъ объ узаконеніи распространяется также на иностранцевъ, пребывающихъ въ Россіи, и на раскольниковъ (кас. р. №№ 17—95 г., 62—94 г.).

III.

Вторую часть закона 12 марта 1891 года составляютъ правила объ усыновленіи. Они, во первыхъ, номирують условія и матеріальныя гражданско-правовыя послѣдствія усыновленія (ст. 145—158 гр. зак. по прод. 1891 г.), во вторыхъ, излагаютъ процессуальный порядокъ усыновленія (ст. 1460[8]—1460[12]). И здѣсь замѣчается поступательное движеніе нашего законодательства въ сферѣ гражданско-правовыхъ отношеній. Только путемъ сравненія новыхъ правилъ съ прежде дѣйствовавшими по этому предмету постановленіями можно себѣ вполнѣ выяснить смыслъ и значеніе новаго закона и самое понятіе усыновленія. Прежній, нынѣ замѣненный, законъ, носилъ чисто сословный характеръ: порядокъ усыновленія и возникающія изъ него правоотношенія различались по тому состоянію, къ коему принадлежали усыновляющіе. Усыновленіе потомственными дворянами совершалось не иначе, какъ съ Высочайшаго соизволенія. Они могли усыновлять только *ближайшихъ своихъ законнорожденныхъ родственниковъ*; усыновленіе здѣсь заключалось лишь въ передачѣ имъ фамиліи и герба усыновителя, но съ усыновленіемъ не пріобрѣталось никакого преимущества въ правѣ наслѣдованія, т. е. усыновленные сохраняли тѣ же права наслѣдованія по отношенію къ усыновителямъ, какія имѣли прежде (ст. 145—147 X т. 1 ч.). Усыновленія личными дворянами совершались губернскимъ правленіемъ съ утвержденія сената. Не могли быть усыновляемы *собственныя незаконорожденныя дѣти* усыновителя. Усыновленныя личными дворянами получали фамилію усыновителя и вступали во всѣ права, законнымъ дѣтямъ усыновителя принадлежащія, за исключеніемъ правъ состоянія (ст. 149 X т. 1 ч.). Точно также существовали особые порядки усыновленія для купцовъ, мѣщанъ и сельскихъ обывателей, причемъ относительно купцовъ точно также, какъ относительно дворянъ, законъ требовалъ, чтобы усыновляемый не былъ незаконнорожденный сынъ усыновителя. Усыновленные купцами, мѣщанами и сельскими обывателями вступали во всѣ права законныхъ дѣтей усыновителей (ст. 151—156 X т. 1 ч.). Всѣ эти нормы въ настоящее время прекратили свое дѣйствіе и замѣнены новыми. Законъ 12 марта устанавливаетъ одинъ общій порядокъ усыновленія для всѣхъ сословій и состояній и одинаковыя для всѣхъ послѣдствія усыновленія. Но главное преимущество и высокое достоинство новаго закона заключается въ томъ, что институтъ усыновленія распространенъ и на дѣтей *незаконныхъ*, такъ что онъ

служитъ весьма цѣннымъ дополненіемъ къ институту узаконенія. По первому пункту ст. IV (ст. 145 з. г. по прод. 1891 г.), лицамъ всѣхъ состояній, безъ различія пола (кромѣ тѣхъ, кои по сану своему обречены на безбрачіе), если они не имѣютъ собственныхъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей, дозволяется усыновлять *своихъ воспитанниковъ, пріемышей и чужихъ дѣтей*. Отсюда и изъ п. 8—10 правилъ (ст. 152—154 з. г. по прод. 1891 г.) слѣдуетъ, что усыновляемый можетъ быть ему совершенно *чужой или его собственное незаконнорожденное дитя*. Нужно только, чтобы усыновитель не имѣлъ собственныхъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей. Въ этомъ уже заключается коренное различіе между узаконеніемъ и усыновленіемъ: узаконять можно только своихъ собственныхъ, *а не чужихъ* дѣтей; для узаконенія необходимъ послѣдующій бракъ родителей узаняемаго, который служитъ собственно основаніемъ къ узаконенію; усыновлять же можно какъ чужихъ, такъ и своихъ собственныхъ незаконныхъ дѣтей, и въ послѣднемъ случаѣ совершеніе брака между родителями усыновляемаго не требуется (Contra рѣш. об. с. № 23—93 г.). Такимъ образомъ, когда невозможно узаконеніе посредствомъ послѣдующаго брака (напр., въ случаѣ смерти или сумасшествія одного изъ родителей), возможно усыновленіе. Разница между узаконеніемъ и усыновленіемъ проявляется также въ ихъ юридическихъ послѣдствіяхъ и въ содержаніи тѣхъ правоотношеній, которыя создаются тѣмъ и другимъ институтомъ. Юридическое положеніе узаконенныхъ совершенно тождественно съ юридическимъ положеніемъ законныхъ дѣтей: тѣ и другія пользуются одинаковыми какъ публичными, такъ и частными правами. Усыновленіе же, хотя и установляетъ между субъектами его правоотношенія, аналогичныя съ правоотношеніями между родителями и ихъ законными дѣтьми (ст. 156[1] г. з. по прод. 1891 г.), но усыновленные, по общему правилу, не пріобрѣтаютъ новыхъ правъ состоянія, не имѣютъ права на пенсію и на единовременныя пособія за службу усыновителя и наслѣдуютъ только въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ усыновителя (ст. 154—156[1] г. з. по прод. 1891 г.).

Относительно дворянъ и потомственныхъ почетныхъ гражданъ сдѣлано исключеніе изъ общаго правила, и это составляетъ одну изъ свѣтлыхъ чертъ новаго закона. По п. 9 правилъ усыновленные дворянами и потомственными почетными гражданами, имѣющіе меньшія права состоянія, пріобрѣтаютъ усыновленіемъ личное почетное гражданство (по прежнему же закону, усыновленные не пріобрѣтали лучшихъ правъ состоянія).

Распространяется ли дѣйствіе этого постановленія на лицъ, усыновленныхъ до изданія закона 12 марта 1891 года? Становятся ли они со времени изданія этого закона личными почетными гражданами? Мнѣ кажется, что отвѣтъ долженъ быть утвердительный. Общій принципъ о томъ, что законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, сюда непримѣнимъ. Правило это, существующее во всѣхъ кодексахъ развитыхъ государствъ, обезпечиваетъ коренное условіе общественной жизни: а) неприкосновенность человѣческой личности отъ произвольнаго примѣненія уголовнаго закона къ дѣйствію, не предусмотрѣнному закономъ, существовавшимъ въ моментъ его совершенія; б) неприкосновенность *пріобрѣтенныхъ правъ*, пока государствомъ признается существованіе юридическихъ институтовъ, коими эти права опредѣляются; другими словами, новый законъ не поражаетъ *правъ*, пріобрѣтенныхъ на основаніи прежняго закона.

Отсюда и изъ историческихъ основаній ст. 60 основныхъ законовъ слѣдуетъ заключить, что законъ, *улучшающій* гражданское состояніе лицъ, соотвѣтствующихъ извѣстнымъ условіямъ, *расширяющій* ихъ сословныя или политическія права, долженъ имѣть обратную силу въ томъ отношеніи, что со времени изданія этого закона лица извѣстной категоріи ipso jure пріобрѣтаютъ опредѣленныя въ законѣ права, хотя бы фактъ, служащій источникомъ этихъ правъ, совершился при дѣйствіи прежняго закона. Такое положеніе, примѣняемое къ лицамъ, усыновленнымъ до изданія закона 12 марта 1891 года, вполнѣ справедливо и соотвѣтствуетъ гуманной цѣли новаго закона— улучшить юридическое положеніе лицъ низшаго состоянія, усыновленныхъ дворянами и потомственными почетными гражданами (см. «О дѣйствіи законовъ во времени» проф. Градовскаго въ Жур. гр. и угол. пр., 1873 г., № 4; Курсъ общ. гр. права Россіи, т. I, проф. Малышева, стр. 196—210) [1]).

Усыновленіе вводитъ усыновляемаго только въ семью, а не въ родъ усыновителя, чѣмъ оно и отличается отъ узаконенія. На этомъ основаніи усыновленные не наслѣдуютъ въ родовомъ имуществѣ усыновителя (исключая, разумѣется, тотъ случай, когда усыновленный ближайшій родственникъ усыновителя); они не участвуютъ также въ наслѣдованіи послѣ родственниковъ усыновителя, развѣ они имѣли бы на это право по законному родству (156^1, 156^3 гр. з. по прод.

---

[1]) Усыновленные до изданія закона 12 марта 1891 г. пользуются правомъ на пенсію за службу усыновителя (См. Высоч. утв. мн. г. с. 8 апрѣля 1891 г. и Юр. Газ. № 77—95 г.).

1891). Въ благопріобрѣтенномъ же имуществѣ усыновителя усыновленные наслѣдуютъ наравнѣ съ законными дѣтьми, съ однимъ только ограниченіемъ, а именно, если усыновитель не имѣетъ родныхъ сыновей, а имѣетъ лишь дочерей (рожденіе дѣтей у усыновителя можетъ послѣдовать *послѣ* усыновленія), то наслѣдство дѣлится между дочерьми и усыновленными поровну (ст. 156[1]). Усыновленный остается въ родѣ его законныхъ родителей, и поэтому онъ сохраняетъ права наслѣдованія послѣ своихъ родителей и ихъ родственниковъ (ст. 156[7]). Вступая въ семью усыновителя, усыновляемый *можетъ* (но не обязанъ) получить фамилію усыновителя, если усыновленный не пользуется бо́льшими правами состоянія. Только лица женскаго пола, не вступившія въ бракъ, если желаютъ передать усыновленному свою фамилію, при жизни ихъ родителей, обязаны испросить согласіе сихъ послѣднихъ. Передача же усыновленнымъ фамилій потомственными дворянами можетъ послѣдовать не иначе, какъ съ Высочайшаго соизволенія, испрашиваемаго послѣ усыновленія (ст. 152). Такимъ образомъ, съ усыновленіемъ не связано eo ipso полученіе усыновленнымъ фамиліи усыновителя.

Дѣла объ усыновленіи отнесены новымъ закономъ, какъ и дѣла объ узаконеніи, къ юрисдикціи окружнаго суда по мѣсту постояннаго жительства усыновителей или усыновляемыхъ (ст. 1460[8] уст. гражд. суд.) и производятся въ порядкѣ охранительнаго судопроизводства. Отнесеніе дѣлъ объ усыновленіи къ компетенціи суда представляется весьма правомѣрнымъ и цѣлесообразнымъ, такъ какъ усыновленіе создаетъ новыя правоотношенія, вводя усыновляемаго въ новую сферу личныхъ и имущественныхъ правъ. Законъ 12 марта устанавливаетъ одинъ общій для всѣхъ сословій порядокъ усыновленія. Просьба объ усыновленіи подается лично или черезъ *повѣреннаго* (въ отличіе отъ узаконенія, гдѣ повѣренные не допускаются) или посылается по почтѣ усыновителями. По поступленіи просьбы судъ (т. е. предсѣдательствующій) назначаетъ день для слушанія дѣла, о чемъ извѣщаетъ повѣстками усыновителей и усыновляемыхъ (ст. 1460[9]). Неявка этихъ лицъ въ засѣданіе не служитъ препятствіемъ къ разсмотрѣнію дѣла (ibid.). Судъ постановляетъ опредѣленіе объ усыновленіи, если удостовѣрится въ наличности всѣхъ условій, требуемыхъ для усыновленія статьями 145—151 г. з. по прод. 1891; въ противномъ случаѣ судъ отказываетъ въ усыновленіи. Въ опредѣленіи объ усыновленіи должно быть точно указа но состояніе усыновителя и усыновляемаго, такъ какъ отъ этого зависятъ юридическія послѣдствія усыновленія (ст. 153, 154). Но нѣтъ надобности упоминать объ

этихъ послѣдствіяхъ въ резолютивной части опредѣленія: они наступаютъ въ силу самаго закона и не нуждаются въ санкціи суда. Если усыновитель передаетъ усыновляемому свою фамилію (кромѣ тѣхъ случаевъ, когда для сего требуется Высочайшее соизволеніе), то объ этомъ должно быть указано въ опредѣленіи суда.

Всѣ права и обязанности, связанныя съ усыновленіемъ, возникаютъ со вступленіемъ опредѣленія суда въ законную силу, такъ какъ только оно санкціонируетъ связь между усыновляемыми и усыновителями. Если усыновители мѣщане и сельскіе обыватели, то по вступленіи опредѣленія суда объ усыновленіи въ законную силу, оно исполняется припискою усыновленнаго къ семейству усыновителя (ст. 155) [1]. Опредѣленіе суда подлежитъ обжалованію въ частномъ порядкѣ въ судебную палату, какъ со стороны участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, такъ и со стороны прокурора, дающаго по этимъ дѣламъ свое заключеніе (ст. 1460^{10} и 1460^{11} уст. гражд. судоп.). Въ отличіе отъ дѣлъ объ узаконеніи, гдѣ, какъ мы видѣли выше, вступленіе третьихъ лицъ или предъявленіе спора не допускается, при производствѣ дѣлъ объ усыновленіи могутъ заявить свои возраженія лица, права коихъ нарушаются неправильнымъ усыновленіемъ (ст. 1460^{12}). Изъ выраженія «во время производства дѣла объ усыновленіи», слѣдуетъ, что третьи лица могутъ возражать противъ усыновленія, какъ въ окружномъ судѣ, такъ и въ судебной палатѣ; они, по моему мнѣнію, могутъ приносить жалобы на опредѣленія суда, если они участвовали при производствѣ дѣла въ судѣ. Кромѣ права участія третьихъ лицъ въ производствѣ дѣлъ объ усыновленіи, они имѣютъ право заявить споръ противъ усыновленія общимъ исковымъ порядкомъ. Споръ этотъ ограниченъ двумя условіями: онъ долженъ быть предъявленъ въ теченіе двухъ лѣтъ со дня вступленія опредѣленія суда объ усыновленіи въ законную силу и только при жизни усыновителя (ст. 1460^{12} уст. гр. суд.). Такимъ образомъ, опредѣленіе суда объ усыновленіи, постановленное въ охранительномъ порядкѣ судопроизводства, можетъ быть, въ отличіе отъ такого же опредѣленія объ узаконеніи, поколеблено и уничтожено впослѣдствіи въ исковомъ порядкѣ судопроизводства.

---

[1]) Циркуляромъ министра финансовъ по соглашенію съ министромъ юстиціи разъяснено, что ходатайства объ усыновленіяхъ крестьянами и мѣщанами не подлежатъ разсмотрѣнію окружныхъ судовъ, а поступаютъ въ казенныя палаты, но намъ неизвѣстны мотивы такого разъясненія (Судебная газета за 1891 годъ № 33).



ЗАМѢЧАНІЯ НА ПРОЕКТЪ ОПЕКУНСКАГО УСТАВА *).

I.

Проектъ опекунскаго устава отличается главнымъ образомъ отъ нынѣ дѣйствующаго законодательства объ опекѣ и попечительствѣ двумя особенностями: а) всесословностью опекъ, т. е. учрежденіемъ однихъ и тѣхъ же опекунскихъ установленій для *всѣхъ сословій*, и б) подчиненіемъ всѣхъ опекъ мировымъ судебнымъ установленіямъ (ст. 1). Но изъ начала всесословности опекъ проектъ допускаетъ исключеніе для крестьянъ: опеки надъ крестьянами подвѣдомственны волостнымъ судамъ (тамъ же). Такое отступленіе отъ принципа въ пользу многомилліоннаго крестьянскаго населенія составители проекта мотивируютъ особенностями экономическаго и соціальнаго строя крестьянскаго общежитія. Общинное землевладѣніе, податная система, опека общины надъ отдѣльными членами и круговая порука служатъ причинами того, что въ крестьянскомъ быту непримѣнимъ общій порядокъ опекунскаго устройства. Однако этотъ мотивъ оказался недостаточнымъ для подчиненія *всѣхъ* крестьянскихъ опекъ, безъ исключенія, вѣдѣнію волостного суда. По ст. 2 проекта вѣдомству волостного суда подлежатъ опеки надъ крестьянами, когда принадлежащія имъ недвижимыя имѣнія поступили къ нимъ въ качествѣ крестьянскаго надѣла, а движимыя имущества ихъ составляютъ принадлежность крестьянскаго хозяйства, безъ ограниченія цѣны; тому же суду подвѣдомы всякая другая движимость цѣною не свыше 1500 руб., а также находящіяся внѣ предѣловъ городскихъ поселеній недвижи-

*) Этотъ проектъ составленъ редакціонною коммиссіею по составленію русскаго гражданскаго уложенія *до введенія Положенія о земскихъ начальникахъ*.

мыя имѣнія, не составляющія крестьянскаго надѣла и не превышающія каждое въ отдѣльности 1500 руб. Всѣ же другія опеки надъ крестьянами подлежатъ вѣдѣнію мирового судьи. Такое дробленіе опекъ надъ крестьянами и предоставленіе завѣдыванія ими различнымъ учрежденіямъ и на основаніи совершенно различныхъ правилъ представляютъ много практическихъ неудобствъ и не вытекаютъ изъ приведенныхъ основаній, въ силу которыхъ составители проекта отступили по отношенію къ крестьянамъ отъ принципа всесословности опекъ. Безспорно, внутренній строй соціальной жизни крестьянъ, ихъ семейныя и наслѣдственныя правоотношенія рѣзко отличаются отъ соціальнаго строя и правовыхъ воззрѣній остального населенія. Если такое различіе вызываетъ необходимость создать для крестьянскихъ опекъ особыя учрежденія и нормировать ихъ особыми правилами, то эти учрежденія и правила должны обнимать *всѣ* опеки надъ крестьянами, независимо отъ свойства опекаемаго имущества и цѣны его. Если же составители проекта нашли возможнымъ подчинить часть крестьянскихъ опекъ общимъ опекунскимъ учрежденіямъ наравнѣ со всѣми другими опеками, то нѣтъ, казалось бы, логическаго основанія отдѣлять другую часть крестьянскихъ опекъ и передавать ихъ волостнымъ судамъ. Практическія неудобства, вызываемыя двойственною системою крестьянскихъ опекъ, заключаются главнымъ образомъ въ томъ, что изслѣдованіе и приведеніе въ извѣстность въ каждомъ данномъ случаѣ свойства и цѣны имущества, подлежащаго опекунскому завѣдыванію, т. е. какого рода это имущество—недвижимое или движимое, поступило ли оно въ качествѣ крестьянскаго надѣла, составляетъ ли оно принадлежность крестьянскаго хозяйства и находится ли въ предѣлахъ надѣла, какова цѣна имущества, превышаетъ ли она 1500 руб. или нѣтъ—будутъ несомнѣнно задерживать и замедлять назначеніе опекуна, а между тѣмъ опека должна быть учреждена немедленно при наличности требуемыхъ для сего условій. Да и самые признаки, отъ которыхъ зависитъ подвѣдомственность крестьянскихъ опекъ волостному суду или мировымъ судебнымъ установленіямъ, т. е. свойство и цѣна имущества—произвольны и случайны. Притомъ остается неизвѣстнымъ, кто именно будетъ производить изслѣдованіе этихъ признаковъ и опредѣлять, вѣдѣнію какого учрежденія данная опека подлежитъ?

Самая организація крестьянской опеки по проекту представляется слишкомъ сложною, сопряженною съ не нужными и не ведущими къ цѣли формальностями. Какъ видно изъ проектируемыхъ правилъ для крестьянскихъ опекъ, въ завѣдываніи ими принимаютъ участіе сель-

скій староста, сельскій сходъ, волостной судъ, мировой судья и мировой съѣздъ. Такъ, сельскій староста принимаетъ предварительныя мѣры попеченія о личности несовершеннолѣтняго и охраненія принадлежащаго ему имущества, составляетъ оному опись и собираетъ сельскій сходъ. Онъ же, т. е. сельскій староста, доводитъ до свѣдѣнія волостнаго суда между прочимъ о томъ, кто можетъ быть назначенъ опекуномъ (ст. 2 и 3). Сельскій сходъ обсуждаетъ, кто можетъ быть назначенъ опекуномъ, если нѣтъ въ виду распоряженія родителей о назначеніи опекуна. Утвержденіе указанныхъ сельскимъ сходомъ или назначенныхъ родителями опекуновъ, а равно непосредственное назначеніе таковыхъ предоставлено волостному суду (ст. 2 и 4). Ему предоставлено самое широкое участіе въ завѣдываніи опекою: онъ даетъ опекуну указанія въ отношеніи попеченія о личности опекаемаго и завѣдыванія его имуществомъ, опекуны спрашиваютъ его разрѣшенія въ опредѣленныхъ случаяхъ (ст. 7 и 8); онъ принимаетъ отъ опекуновъ отчеты, повѣряетъ ихъ, подвергаетъ опекуновъ въ опредѣленныхъ случаяхъ взысканіямъ, устраняетъ и увольняетъ ихъ, ему же приносятся жалобы на лицъ, исполняющихъ отдѣльныя дѣйствія по опекѣ (ст. 10—14 и 19). Участіе мироваго судьи въ завѣдываніи сельскою опекою выражается въ томъ, что онъ въ необходимыхъ случаяхъ даетъ разрѣшеніе на продажу или залогъ недвижимаго имущества опекаемаго, получаетъ отъ волостныхъ судовъ ежегодно отчеты объ опекахъ, провѣряетъ дѣйствія означенныхъ судовъ по опекунскимъ дѣламъ, принимаетъ жалобы на волостной судъ. Мировой съѣздъ дѣлаетъ для руководства опекуновъ и волостныхъ судовъ распоряженія и даетъ указанія относительно взноса опекунскихъ денегъ для приращенія процентами и относительно храненія процентныхъ бумагъ и денежныхъ документовъ (ст. 7). Ему принадлежитъ высшій надзоръ за всѣми волостными судами мироваго округа относительно опекунскихъ дѣлъ (ст. 18), ему приносятся жалобы на опредѣленія мировыхъ судей (ст. 23); ему же предоставлено давать волостнымъ судамъ, для руководства, письменныя по опекунскимъ дѣламъ наставленія (ст. 25). Такой усиленный контроль и надзоръ надъ крестьянскими опеками не вызывается, по моему мнѣнію, свойствомъ подлежащаго контролю предмета и можетъ въ дѣйствительности обратиться въ одно лишь бумажное производство и канцелярскій формализмъ. При устройствѣ крестьянской опеки необходимо имѣть въ виду всю совокупность явленій народно-юридическаго быта и въ особенности порядокъ наслѣдованія и имущественныя отношенія между членами крестьянской

семьи. Институтъ опеки у крестьянъ имѣетъ тѣсную связь со всѣмъ строемъ крестьянской семьи, имѣющей главнымъ образомъ значеніе хозяйственнаго союза совмѣстно живущихъ лицъ, владѣющихъ опредѣленнымъ имуществомъ, принадлежащимъ не отдѣльному лицу, но всѣмъ членамъ семьи вообще и, потому, составляетъ семейную собственность (см. «Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ, Мухина, стр. 302 и слѣдующ., и мою статью «О подсудности гражданскихъ дѣлъ крестьянъ»). По моему мнѣнію, новый опекунскій уставъ долженъ былъ бы оставить попрежнему завѣдываніе крестьянскими опеками въ рукахъ того сельскаго общества, къ которому подлежащее опекѣ лицо приписано, и установить *одну* только надзирающую инстанцію—мѣстнаго мироваго судью. Составители проекта сами сознаютъ выгоду существующаго нынѣ порядка завѣдыванія сельскими опеками сельскимъ обществомъ въ лицѣ сельскаго схода. «Общество, къ которому принадлежитъ подлежащій опекѣ, близко знакомо, какъ съ семейнымъ, такъ и имущественнымъ положеніемъ опекаемаго и съ большимъ удобствомъ можетъ избрать опекуна, зная, какъ имущественное и семейное положеніе своихъ односельчанъ, такъ и то, на сколько данное лицо, близко стоящее къ опекаемому, въ состояніи исполнять опекунскія обязанности. Помимо того, назначеніе благонадежныхъ опекуновъ и въ матеріальномъ интересѣ самаго общества, такъ какъ неумѣлое или неблагонадежное со стороны опекуна распоряженіе имуществомъ опекаемаго, повлекшее за собою разореніе этого имущества, отразится также и на обществѣ, для котораго опекаемый, оставшійся безъ средствъ къ существованію, явится лишнимъ бременемъ, требуя матеріальной для себя поддержки» (Змирловъ, «Опекунскія установленія для крестьянъ» въ Юридическомъ Вѣстникѣ за 1889 г. кн. 1 стр. 90). Но эти благопріятныя условія не искупаютъ, по мнѣнію составителей проекта, неудобствъ и недостатковъ существующаго порядка. Они, главнымъ образомъ, заключаются въ томъ, что назначеніе опекуновъ сельскимъ сходомъ никѣмъ не провѣряется, что повѣрка дѣйствій опекуновъ и учетъ ихъ сельскимъ сходомъ не составляетъ дѣйствительнаго контроля. Но эти недостатки могли бы быть, мнѣ кажется, устранены, во-первыхъ, предоставленіемъ, какъ опекунамъ, такъ и родственникамъ и однообщественникамъ опекаемаго обжаловать распоряженія схода или его бездѣйствіе мировому судьѣ; во-вторыхъ, вмѣненіемъ мировому судьѣ въ обязанность періодически удостовѣряться въ положеніи опекъ непосредственно или черезъ сельскаго старосту. Наконецъ, мировому судьѣ можетъ быть предоставлено, въ случаѣ надобности,

избрать нѣсколько благонадежныхъ крестьянъ того же общества, къ которому принадлежитъ опекаемый, для провѣрки и приведенія въ извѣстность дѣйствительнаго положенія опекъ. Впрочемъ, это уже касается частностей вопроса. Мы, главнымъ образомъ, высказываемся за оставленіе завѣдыванія крестьянскою опекою въ ближайшей къ опекаемому средѣ, которая одна связана съ нимъ самыми тѣсными экономическими и общественными узами. Для надзора же за крестьянскими опеками, для предупрежденія злоупотребленій опекуновъ и сельскихъ обществъ, совершенно достаточно установить одну инстанцію—мѣстнаго мироваго судью. Такимъ образомъ, вмѣсто сложной опекунской іерархіи, предполагаемой проектомъ, получится простая, болѣе соотвѣтствующая обычно-правовымъ воззрѣніямъ крестьянъ организація опеки, согласная въ главныхъ своихъ чертахъ съ существующимъ нынѣ порядкомъ, съ тою только разницею, что во главѣ опеки будетъ стоять вполнѣ компетентное и заслуживающее довѣрія лицо, которому будетъ принадлежать право и власть изслѣдовать и контролировать дѣятельность опекуна не только по жалобѣ заинтересованныхъ лицъ, но и по собственной иниціативѣ. Къ сказанному необходимо еще замѣтить, что при настоящемъ состояніи нашего народно-обычнаго права и при столь разнообразномъ отношеніи крестьянъ различныхъ мѣстностей къ институту опеки, нѣтъ, мнѣ кажется, возможности въ настоящее время кодифицировать и привести къ единству всю совокупность возникающихъ изъ опеки правоотношеній; нельзя даже обобщать случаи и основанія учрежденія опеки у крестьянъ, преслѣдуемыя ею цѣли, права и обязанности опекуновъ и т. д., такъ какъ воззрѣнія крестьянскихъ обществъ на всѣ эти предметы крайне разнообразны и въ разныхъ мѣстностяхъ различны (Пахманъ, «Обычное гражданское право въ Россіи» т. II, стр. 350 и слѣд.). Г. Змирловъ, признавая вполнѣ силу и дѣйствіе существующихъ у крестьянъ обычаевъ по занимающему насъ предмету и представляя вмѣстѣ съ тѣмъ рядъ вѣскихъ возраженій противъ предлагаемаго проектомъ сосредоточенія завѣдыванія крестьянскою опекою въ волостныхъ судахъ, утверждаетъ однако, съ одной стороны, что на сельскихъ обывателей должно распространить дѣйствіе общаго опекунскаго устава, съ другой, проектируетъ цѣлый рядъ особыхъ правилъ для крестьянской опеки, которыя онъ предлагаетъ внести въ разныя мѣста проекта въ видѣ поправокъ (Юрид. Вѣст., 1889 г., № 1). Поправки эти относятся къ поводамъ и порядку учрежденія опеки, опредѣляютъ виды опеки—въ силу закона и по назначенію родителей, порядокъ вступленія опекуна въ отправленіе своихъ обязанно-

стей, порядокъ принятія имущества несовершеннолѣтняго (составленіе описи). Поправки эти касаются также: способа управленія имуществомъ опекаемаго, веденія приходо-расходной книги по опекѣ, отчетности опекуна, увольненія его, прекращенія опеки, семейнаго совѣта, отвѣтственности сельскаго старосты или станичнаго атамана. Между проектируемыми г. Змирловымъ правилами обращаютъ на себя особенное вниманіе слѣдующія: «у сельскихъ обывателей при управленіи сельскимъ имѣніемъ несовершеннолѣтняго, извлеченіи изъ имѣнія доходовъ и распоряженіи этими доходами, опекунъ дѣйствуетъ на основаніи мѣстныхъ обычаевъ. Тѣми же обычаями руководствуется опекунъ и при завѣдываніи живымъ и мертвымъ инвентаремъ, принадлежащимъ къ сельскому имѣнію и составляющимъ предметъ крестьянскаго хозяйства». «У сельскихъ обывателей опекуны освобождаются отъ обязанности указывать въ отчетѣ свѣдѣнія о доходахъ и расходахъ находящимся въ ихъ завѣдываніи сельскимъ имѣніямъ, доходы съ которыхъ по обычаю должны поступать въ ихъ пользу». Эти двѣ поправки, очевидно, имѣютъ цѣлью санкціонировать существующіе у крестьянъ обычаи по предмету управленія опекунскимъ имуществомъ. Не останавливаясь на оцѣнкѣ этихъ поправокъ по существу, такъ какъ это выходитъ изъ предѣловъ настоящей статьи, скажу лишь то, что, во-первыхъ, для удобства системы было бы лучше вмѣсто проектируемыхъ г. Змирловымъ разсѣянныхъ по всему уставу и довольно частыхъ оговорокъ, относительно опеки у сельскихъ обывателей, соединить всѣ относящіяся къ этому предмету правила вмѣстѣ и изложить ихъ въ уставѣ въ особой новой главѣ «объ опекѣ у крестьянъ или у сельскихъ обывателей»; что, во-вторыхъ, при крайнемъ разнообразіи и живучести мѣстныхъ обычаевъ у крестьянъ и въ виду того, что во многихъ мѣстностяхъ имперіи обычаи эти еще не изслѣдованы и не приведены въ ясность, преждевременно, мнѣ кажется, фиксировать ихъ и устанавливать въ законѣ какія-либо общія для *всѣхъ* сельскихъ обывателей обязательныя положенія; что, въ-третьихъ, казалось бы на первыхъ порахъ возможнымъ ограничиться преимущественно формальною, внѣшнею стороною крестьянской опеки, указать въ общихъ чертахъ, кто учреждаетъ опеку, назначаетъ и утверждаетъ опекуновъ, кому принадлежитъ *непосредственный* надзоръ и контроль надъ опекунами и кому высшій надзоръ надъ опеками; внутренняя же сторона крестьянскихъ опекъ, ихъ содержаніе, основанія учрежденія опекъ, совокупность возникающихъ изъ нихъ правоотношеній, порядокъ принятія опекунскаго имущества, завѣдыванія имъ, отчетности и проч., не могутъ быть

пока нормируемы опекунскимъ уставомъ и должны быть опредѣляемы мѣстными обычаями. Для пополненія же этого пробѣла въ писанномъ законѣ должно быть предоставлено мировому судьѣ, соображаясь съ существующими въ данной мѣстности обычаями, издавать для руководства сельскимъ сходамъ и опекунамъ постановленія и инструкціи о поводахъ и порядкѣ учрежденія опеки, объ охраненіи опекунскаго имущества, объ управленіи имъ, отчетности и проч.

Относительно будущей организаціи опекъ всѣхъ другихъ, кромѣ крестьянъ, сословій, я вполнѣ раздѣляю соображенія редакціонной коммиссіи, по которымъ опеки должны состоять въ вѣдѣніи мировыхъ судебныхъ установленій. Какъ поводы и основанія учрежденія опеки надъ несовершеннолѣтнимъ, а въ извѣстныхъ случаяхъ и надъ совершеннолѣтнимъ, такъ и функціонированіе и прекращеніе опеки, содержатъ въ себѣ много такихъ правовыхъ элементовъ и отношеній, урегулированіе и охраненіе которыхъ не можетъ быть предоставлено никому иному, какъ только *судебнымъ* установленіямъ. Въ этомъ отношеніи безразлично, будетъ ли преобладать въ институтѣ опеки семейное, или государственное начало. Государство во всякомъ случаѣ обязано, въ лицѣ своихъ органовъ, охранять личныя и имущественныя права и интересы тѣхъ индивидовъ, которые по тому или другому основанію неправоспособны или лишены возможности лично охранять свои права. Всѣ почти современныя западно-европейскія законодательства ввѣряютъ завѣдываніе опекунскою частью судебной власти. Участіе суда въ опекунскихъ дѣлахъ проявляется отчасти и у насъ (утвержденіе проектовъ раздѣловъ, въ которыхъ участвуютъ малолѣтніе, разсмотрѣніе жалобъ на опекунскія установленія); въ Кавказскомъ краѣ завѣдываніе опекунскою частью, гдѣ нѣтъ дворянскихъ опекъ и сиротскихъ судовъ, возложено на мировыхъ судей; точно также въ Привислянскомъ краѣ и въ Прибалтійскихъ губерніяхъ опеки находятся въ вѣдѣніи судовъ, и опекунскія установленія дѣйствуютъ подъ надзоромъ судовъ. Наконецъ, положеніемъ объ управленіи Туркестанскаго края 12 іюня 1886 г. завѣдываніе опекунскими дѣлами осѣдлыхъ туземцевъ возложено на участковаго судью. Разъ утвердимся на томъ положеніи, что только органы *судебной* власти компетентны завѣдывать опекунскою частью, представляется вполнѣ цѣлесообразнымъ и удобнымъ сосредоточивать эту часть въ рукахъ *мировыхъ* судей, какъ самостоятельныхъ, близкихъ къ населенію агентовъ юстиціи, дѣйствующихъ притомъ несравненно быстрѣе, чѣмъ окружные суды, болѣе ихъ доступныхъ и не связанныхъ почти никакими канцелярскими формальностями. Относительно состава

засѣданій мирового съѣзда по опекунскимъ дѣламъ замѣчается уклоненіе составителей проекта отъ принятаго ими начала всесословности опекунскихъ установленій. Уклоненіе это заключается въ томъ, что по проекту въ засѣданіи съѣзда участвуютъ сословные представители: уѣздный предводитель дворянства и два лица по выбору мѣстной городской думы и земскаго собранія (ст. 4). Если, какъ справедливо замѣчаетъ г. Змирловъ, съѣзду мировыхъ судей, въ качествѣ аппелляціонной инстанціи, ввѣряются имущественные интересы всѣхъ сословій, а также честь и свобода частныхъ лицъ, то представляется вполнѣ возможнымъ довѣрить тому же съѣзду разрѣшеніе опекунскихъ дѣлъ безъ всякаго участія сословныхъ представителей (Юридич. Вѣстн. 1888 г. № 11 стр. 385). Кромѣ того, опытъ показываетъ, что введеніе въ составъ судейской коллегіи постороннихъ элементовъ не приноситъ существенной пользы для дѣла и ограничивается большею частью *присутствованіемъ* въ засѣданіи безъ активнаго участія въ *разрѣшеніи* дѣла.

Въ отличіе отъ дѣйствующаго закона проектъ установляетъ опеку *до достиженія лицомъ совершеннолѣтія*, т. е. двадцати лѣтъ съ годомъ (ст. 14). По дѣйствующему же нашему праву опека и попечительство составляютъ два различныхъ института и соотвѣтствуютъ различнымъ степенямъ недостатка дѣеспособности, обусловливаемымъ возрастомъ лица. До 17 лѣтъ лицо признается вовсе неспособнымъ къ юридическимъ дѣйствіямъ; его замѣняетъ опекунъ въ предѣлахъ предоставленной ему закономъ власти. Послѣ 17 лѣтъ, до наступленія совершеннолѣтія, лицо считается уже способнымъ совершать юридическія дѣйствія по своему усмотрѣнію, но въ огражденіе его интересовъ важнѣйшія изъ его дѣйствій требуютъ согласія или одобренія попечителя, безъ чего недѣйствительны, т. е. необязательны для несовершеннолѣтняго (ст. 217, 218 и 220 X т. 1 ч.). Современные иностранные кодексы также различаютъ степень право—и дѣеспособности лицъ, соотвѣтственно ихъ возрасту и излагаютъ отдѣльно два института: опеку и попечительство. Хотя и проектъ придаетъ нѣкоторое значеніе 17 лѣтнему возрасту, но въ весьма ограниченномъ размѣрѣ. Такъ, при назначеніи правительственнаго опекуна мировой судья предоставляетъ несовершеннолѣтнему, если онъ достигъ 17 лѣтъ, заявить, кого именно онъ желалъ бы имѣть опекуномъ (ст. 27); по ст. 39 опекаемый, если ему минуло 17 лѣтъ, приглашается къ составленію описи; по ст. 20 опекаемый, достигшій 17 лѣтъ, можетъ ходатайствовать о переводѣ опеки въ другой мировой участокъ; опись имущества, предназначеннаго къ продажѣ, производится опе-

куномъ при участіи опекаемаго, достигшаго 17-лѣтняго возраста (ст. 68); опекаемый, достигшій 17 лѣтъ, участвуетъ въ совѣщаніяхъ по дѣламъ опеки (ст. 134). Вотъ и все. Во всемъ остальномъ проектъ игнорируетъ различіе возраста и нормируетъ опеку совершенно одинаково для всѣхъ лицъ, не достигшихъ 21 года. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что интеллектуальное развитіе личности совершается постепенно и идетъ параллельно съ ея физическимъ ростомъ и развитіемъ. Поэтому возрастъ лица всегда и вездѣ находится въ прямомъ отношеніи со степенью способности его дѣйствовать въ правовой сферѣ, вступать въ то или другое правоотношеніе. Конечно, физическое и интеллектуальное развитіе проявляется не у всѣхъ индивидовъ извѣстнаго возраста одинаково: оно зависитъ отъ разнообразнѣйшихъ, какъ субъективныхъ, такъ и объективныхъ условій. Но фактъ тотъ, что обыкновенный средній человѣкъ съ достиженіемъ извѣстныхъ лѣтъ, достигаетъ извѣстнаго развитія. Законодательство не можетъ не считаться съ этимъ естественнымъ закономъ. И нашъ будущій опекунскій уставъ долженъ былъ бы различать степени способности лица къ юридической дѣятельности, сообразно его возрасту, и признать извѣстную долю самостоятельности и дѣеспособности за человѣкомъ, достигшимъ, напр., 17 лѣтъ или менѣе, не подчиняя его безусловно волѣ и дѣятельности другой личности—опекуна. Такое лицо должно быть въ извѣстныхъ случаяхъ только восполняемо, но не замѣняемо другимъ.

Для завѣдыванія опеками проектъ установляетъ *двѣ* инстанціи: мировыхъ судей и ихъ съѣзды (ст. 1). Дѣятельность послѣднихъ не ограничивается однимъ только высшимъ надзоромъ надъ дѣйствіями и распоряженіями мировыхъ судей по опекунскимъ дѣламъ и разсмотрѣніемъ приносимыхъ жалобъ, въ качествѣ аппеляціонной инстанціи. Во многихъ указанныхъ въ проектѣ случаяхъ, съѣздъ принимаетъ активное участіе въ завѣдываніи опекунскою частью, по представленію мирового судьи или по ходатайству опекуна. Такъ, переводъ опеки въ другой мировой участокъ опредѣляется мѣстнымъ мировымъ съѣздомъ по нахожденію опеки (ст. 20); онъ разрѣшаетъ разногласіе между матерью и опекуномъ объ отдачѣ дѣтей въ обученіе или на воспитаніе (ст. 41); опекунъ можетъ отступить отъ указаній, сдѣланныхъ лицомъ, предоставившимъ опекаемому имущество, только съ разрѣшенія съѣзда (ст. 47). Для закрытія или измѣненія промышленнаго заведенія опекаемаго требуется разрѣшеніе судьи и утвержденіе *мирового съѣзда* (ст. 48); на востребованіе опекуномъ вкладовъ изъ кредитнаго установленія и на освобожденіе опекуна отъ

сдачи процентныхъ бумагъ на храненіе нужно разрѣшеніе съѣзда, если означенныя цѣнности превышаютъ 2000 руб. (ст. 57); на отдачу въ наемъ недвижимаго имѣнія или промышленнаго заведенія опекаемаго на срокъ свыше 12 лѣтъ или за ежегодную плату свыше 2000 руб., для займа денегъ свыше суммы ожидаемаго годового дохода, на продажу движимаго или недвижимаго имущества цѣною свыше 2000 руб., на совершеніе мировыхъ сдѣлокъ объ имуществѣ цѣною свыше 2000 руб.—требуется разрѣшеніе мирового съѣзда (ст. 12, 63, 67, 68 и 69). Такое же разрѣшеніе требуется: на совершеніе полюбовнаго или судебнаго раздѣла, если доля опекаемаго превышаетъ 2000 руб., на отреченіе отъ наслѣдства, на вырубку лѣса, на пріобрѣтеніе недвижимаго имѣнія и на усыновленіе опекаемаго (ст. 74, 75). Мировой съѣздъ можетъ увеличить размѣръ вознагражденія опекуна (ст. 83); онъ же подвергаетъ опекуна, въ указанныхъ закономъ случаяхъ, предостереженію, денежному взысканію и аресту (ст. 91, 192 и 103) и приглашаетъ опекаемыхъ и опекуновъ для личныхъ объясненій (ст. 102). Такимъ образомъ, во всѣхъ этихъ и другихъ случаяхъ дѣятельность опекуна по отношенію къ личности и имуществу опекаемаго обусловливается разрѣшеніемъ, дозволеніемъ или одобреніемъ мирового съѣзда. По моему мнѣнію, предлагаемя проектомъ система опекунскихъ инстанцій едва-ли вызывается потребностями жизни и самою природою опеки. Система эта скорѣе приведетъ къ продолжительной бумажной перепискѣ, къ болѣе внѣшнему формальному отношенію, какъ мироваго судьи, такъ и съѣзда къ судьбѣ и положенію опекаемаго и принадлежащаго ему имущества, а не къ дѣйствительному участію публичной власти въ завѣдываніи опекою.

По ст. 76 проекта, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ требуется разрѣшеніе мирового съѣзда, опекунъ обращается съ ходатайствомъ къ мировому судьѣ, который представляетъ о семъ съ своимъ заключеніемъ мировому съѣзду. Можно а priori сказать, что въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ съѣздъ будетъ соглашаться съ заключеніемъ мироваго судьи, такъ какъ послѣдній, находясь въ близкихъ и непосредственныхъ отношеніяхъ къ опекѣ, имѣетъ полную возможность каждый разъ удостовѣряться въ наличности условій и основаній, на которыхъ утверждается то или другое ходатайство опекуна; мировому судьѣ, на основаніи опекунскихъ отчетовъ, имъ провѣренныхъ, и личныхъ объясненій съ опекуномъ и опекаемымъ, извѣстны будутъ всѣ нужды опеки, положеніе ея, происшедшія въ ней измѣненія и т. д. Съѣздъ же не будетъ обладать достаточными

средствами для провѣрки изложенныхъ мировымъ судьею фактовъ и, какъ это нерѣдко бываетъ со всѣми коллегіальными учрежденіями, будетъ подчиняться заключенію судьи, который притомъ самъ будетъ участвовать въ засѣданіи съѣзда (ст. 5). Въ итогѣ требуемая санкція мирового съѣзда обратится въ лишенный внутренняго содержанія и смысла обрядъ, нисколько не гарантирующій справедливости и основательности принятой мѣры или сдѣланнаго распоряженія. Напротивъ, сосредоточеніе завѣдыванія опекунскою частью въ рукахъ одного мирового судьи, безъ участія съѣзда, и возложеніе на судью исключительно отвѣтственности за неправильныя распоряженія по опекѣ, служили бы дѣйствительнымъ для него стимуломъ относиться къ опекунскому дѣлу съ особеннымъ вниманіемъ и заботливостью, зорко слѣдить за дѣятельностью опекуновъ, за положеніемъ опекаемаго и принадлежащаго ему имущества и разрѣшать то или другое ходатайство опекуна вполнѣ обдуманно и осмотрительно. При такой системѣ единоличнаго завѣдыванія опекунскою частью сократится до minimum'а переписка и канцелярскій формализмъ, и касающіеся опеки вопросы будутъ разрѣшаться съ подобающею скоростью и простотою, что̀ въ громадномъ большинствѣ случаевъ представляется столь необходимымъ. Совершенно достаточною, по моему мнѣнію, гарантіею правильнаго завѣдыванія мировымъ судьей опекою служитъ право принесенія жалобы мировому съѣзду со стороны опекуна, опекаемаго, достигшаго 17 лѣтъ, и родственниковъ его (ст. 6, 7 и 8). Не меньшею гарантіею представляется участіе въ опекунскихъ дѣлахъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, вводимаго проектомъ семейнаго совѣта, а также участіе родственниковъ и самого несовершеннолѣтняго (см. ниже). При этомъ необходимо замѣтить, что мировой судья по общественному и служебному положенію своему и какъ власть единоличная, будетъ несомнѣнно функціонировать гораздо правильнѣе и цѣлесообразнѣе существующихъ нынѣ опекунскихъ установленій, а между тѣмъ компетенція перваго, по проекту, является ограниченнѣе компетенціи послѣднихъ. Почему, напр., судья не компетентенъ разрѣшать разногласіе между матерью и опекуномъ объ отдачѣ дѣтей на воспитаніе, дать своею властью разрѣшеніе на востребованіе опекуномъ вкладовъ изъ кредитнаго установленія или освобождать опекуна отъ сдачи процентныхъ бумагъ на храненіе, хотя бы цѣна ихъ превышала 2,000 руб.; разрѣшать всякую сдачу въ наемъ имущества, заемъ денегъ, продажу имущества, совершеніе мировыхъ сдѣлокъ и раздѣловъ? Въ большей части указанныхъ въ проектѣ случаевъ, для которыхъ требуется санкція съѣзда, по дѣйствующему закону объ

опекахъ, никакого разрѣшенія высшаго учрежденія не требуется. Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ испрашивается разрѣшеніе сената, но многолѣтній опытъ достаточно доказалъ безцѣльность и безполезность этого обряда. Проектъ и отмѣняетъ его, но ставитъ на его мѣсто, притомъ въ болѣе широкихъ размѣрахъ, разрѣшеніе мирового съѣзда. Но, какъ мы уже сказали, такой усиленный контроль не вызывается необходимостью и не отвѣчаетъ цѣлямъ и нуждамъ опеки.

II.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній, перехожу къ разсмотрѣнію частностей проекта. Какъ и дѣйствующее законодательство, проектъ допускаетъ три вида опеки: законную, завѣщательную и правительственную опеки. Ст. 14 указываетъ поводы къ учрежденію опеки. По общему правилу, опека учреждается, когда нѣтъ въ живыхъ отца; но рядомъ съ этимъ въ той же ст. 14 приведены случаи, когда опека учреждается, хотя бы отецъ былъ живъ (когда къ несовершеннолѣтнему дойдетъ имущество, когда отецъ лишенъ правъ состоянія, поступилъ въ монашество, состоитъ подъ опекою, или находится въ безвѣстномъ отсутствіи, либо по тяжелой продолжительной болѣзни или по другимъ исключительнымъ обстоятельствамъ лишенъ возможности осуществлять родительское попеченіе). Между статьями 14 и 21 проекта замѣчается съ перваго взгляда нѣкоторое разногласіе: съ одной стороны, при жизни отца опека вообще не учреждается (ст. 14), съ другой—опека надъ несовершеннолѣтнимъ, въ силу самаго закона, принадлежитъ отцу (ст. 21). Но послѣднее постановленіе имѣетъ, вѣроятно, въ виду опеку надъ имуществомъ, дошедшимъ къ несовершеннолѣтнему, если лицо, отъ котораго имущество перешло, не назначило другого опекуна (вторая часть ст. 14 и ст. 23). При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что оговорка, сдѣланная въ ст. 21, предоставляющей опеку отцу или матери, «если они не лишены родительской власти», не точна, такъ какъ родители не могутъ быть опекунами и во многихъ другихъ случаяхъ, перечисленныхъ въ ст. 14 и 29 проекта, напр., когда они состоятъ подъ опекою, находятся въ безвѣстномъ отсутствіи, лишены возможности по болѣзни или по другимъ исключительнымъ обстоятельствамъ осуществлять родительское попеченіе, ведутъ безнравственную жизнь, объявлены несостоятельными и проч. (см. ниже замѣчаніе на ст. 29). Поэтому слѣдовало бы

изложить ст. 21 такъ: «опека надъ личностью и имуществомъ несовершеннолѣтняго, въ силу самаго закона, принадлежитъ отцу, а въ случаѣ его смерти—матери, если они не лишены права или возможности осуществлять родительскую власть и если нѣтъ препятствій, указанныхъ въ п. 1—5, 7 и 8 ст. 29». А ст. 14, перечисляющую поводы къ учрежденію опеки, удобнѣе было бы редактировать такимъ образомъ: «надъ личностью и имуществомъ несовершеннолѣтняго, т. е. недостигшаго двадцати лѣтъ съ годомъ, учреждается опека въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда у него нѣтъ въ живыхъ отца; б) когда къ несовершеннолѣтнему дойдетъ имущество; в) когда отецъ лишенъ всѣхъ правъ состоянія, поступилъ въ монашество, состоитъ подъ опекою, находится въ безвѣстномъ отсутствіи, или лишенъ возможности осуществлять родительскую власть по тяжелой продолжительной болѣзни или по другимъ исключительнымъ обстоятельствамъ».

По 15 ст. проекта, о поводахъ къ учрежденію опеки извѣщаютъ мироваго судью: 1) восходящіе родственники, братья, сестры и супругъ несовершеннолѣтняго, а также лицо, на попеченіи котораго несовершеннолѣтній находится; 2) должностныя лица, имѣющія свѣдѣнія о смерти или иномъ событіи, дающемъ поводъ къ учрежденію опеки; 3) духовныя и другія лица, ведущія метрическія записи объ умершихъ. Проектъ нѣсколько съуживаетъ, сравнительно съ дѣйствующимъ закономъ, кругъ лицъ, по увѣдомленію которыхъ учреждается опека. По ст. 250 т. X ч. 1 опека открывается, между прочимъ, по увѣдомленію ближнихъ родственниковъ, либо свойственниковъ малолѣтняго или по свидѣтельству двухъ постороннихъ лицъ и приходскаго священника (п. 2). Редакціонная коммисія сама свидѣтельствуетъ, что по указаніямъ ежедневнаго опыта и судебной практики отъ несвоевременнаго извѣщенія опекунскихъ установленій объ открывшихся поводахъ къ учрежденію опеки, имущество несовершеннолѣтняго нерѣдко остается въ теченіе продолжительнаго времени безъ должной охраны, а сами несовершеннолѣтіе—безъ надлежащаго попеченія, а иногда и вовсе не назначается опека. Подобнаго рода упущенія влекутъ за собою въ иныхъ случаяхъ расхищеніе подлежащаго опекѣ имущества (Юридич. Вѣст. 1889 г., № 2, стр. 242). Прямой выводъ изъ этихъ соображеній комиссіи казалось бы тотъ, что слѣдуетъ расширить по возможности число лицъ, *обязанныхъ немедленно* довести до свѣдѣнія подлежащаго мироваго судьи о поводахъ къ учрежденію опеки, подъ страхомъ отвѣтственности за неисполненіе этой обязанности. Одни изъ западно-европейскихъ за-

конодательствъ (итальянск. улож. ст. 250, 252, прусскій опекунскій уставъ 5 іюля 1875 г. ст. 16) перечисляютъ тѣхъ именно родственниковъ несовершеннолѣтняго, которые обязаны заявить опекунскому установленію объ учрежденіи опеки; другія же законодательства (цюрихское улож. ст. 321, сербское улож. ст. 18, австрійское ст. 189) возлагаютъ эту обязанность вообще на родственниковъ несовершеннолѣтняго (по австрійск. улож. къ этому обязаны и другія лица, состоящія съ несовершеннолѣтнимъ въ близкихъ отношеніяхъ). Послѣдняя система болѣе соотвѣтствуетъ цѣли учрежденія опеки, ее бы слѣдовало принять и нашему опекунскому уставу. Вмѣстѣ съ тѣмъ, подобно иностраннымъ кодексамъ, нашъ уставъ долженъ бы указать послѣдствія неисполненія упомянутой обязанности и возложить на судью обязанность учредить опеку и безъ чьей либо просьбы или заявленія при наличности повода къ учрежденію опеки. Слѣдовало бы, поэтому, вмѣсто ст. 15 постановить: «мировой судья учреждаетъ опеку по непосредственному своему усмотрѣнію или по заявленію и сообщенію другихъ лицъ и установленій о поводахъ къ учрежденію опеки; объ этихъ поводахъ обязаны, подъ страхомъ отвѣтственности за убытки, извѣстить подлежащаго мироваго судью: родственники несовершеннолѣтняго или другія, состоящія съ нимъ въ близкихъ отношеніяхъ, лица, а также правительственныя и общественныя установленія, должностныя и духовныя лица, немедленно по полученіи ими свѣдѣній о смерти или иномъ событіи, дающемъ поводъ къ учрежденію опеки».

Ст. 19 и 20 постановляютъ, что опека учреждается по мѣсту жительства отца, а надъ внѣбрачными дѣтьми—по мѣсту жительства матери; что переводъ опеки допускается, какъ *вслѣдствіе* мѣста жительства несовершеннолѣтняго, такъ и по другимъ причинамъ, когда для пользы опекаемаго необходимо завѣдываніе опекою передать въ другой мировой участокъ. Соглашаясь вполнѣ съ соображеніями редакціонной коммиссіи по вопросу о мѣстѣ учрежденія опеки (Юридич. Вѣст. 1889 г., № 2, стр. 244—247), необходимо однако замѣтить, что для предупрежденія могущихъ возникнуть на практикѣ недоразумѣній и для большей полноты слѣдовало бы постановить, по примѣру иностранныхъ законодательствъ, что опека учреждается по послѣднему мѣсту жительства, а за неимѣніемъ его—по послѣднему мѣсту пребыванія отца; надъ внѣбрачными дѣтьми опека учреждается по послѣднему мѣстужительства, а за неимѣніемъ его—по послѣднему мѣсту пребыванія матери; а надъ лицами, родители коихъ неизвѣстны, по мѣсту нахожденія подлежащаго опекѣ лица. А ст. 20 слѣдовало

бы редактировать такъ: «переводъ опеки допускается, какъ по мѣсту жительства несовершеннолѣтняго, такъ и по другимъ основаніямъ, когда»...

По ст. 22 отецъ имѣетъ право, на случай своей смерти, назначить опекуна къ своимъ дѣтямъ, хотя бы мать ихъ оставалась въ живыхъ, или назначить къ матери соопекуна, или же установить, чтобы таковой былъ назначенъ. Мать-опекунша можетъ, на случай своей смерти, назначить опекуна къ своимъ дѣтямъ. Редакція этой статьи не отвѣчаетъ легшимъ въ основу ея соображеніямъ редакціонной коммиссіи. По ея мнѣнію, отцу слѣдуетъ предоставить право назначать опекуна къ своимъ дѣтямъ и тогда, если ихъ мать, а его жена, остается жива и не лишена родительской власти, съ тѣмъ лишь условіемъ, что назначенный опекунъ долженъ дѣйствовать не единолично, а быть соопекуномъ матери... (Юридич. Вѣст. 1889 г., № 2, стр. 248). По тексту же ст. 22 выходитъ, что отецъ можетъ назначать самостоятельнаго опекуна, хотя бы мать была жива; можетъ, слѣдовательно, устранить мать отъ опекунства и лишить ее этимъ родительской власти.

Ст. 29 перечисляетъ лицъ, которыя не могутъ быть назначаемы опекунами. Изъ оговорки, сдѣланной въ п. 6 этой статьи, признающемъ неспособными къ опекунству лицъ, недостигшихъ 25-лѣтняго возраста, «за исключеніемъ совершеннолѣтнихъ родителей, мужа и лицъ, назначенныхъ въ опекуны по завѣщанію» (слѣдовало бы прибавить «или иному письменному акту»—ст. 25), можно заключить, что всѣ прочія указанныя въ ст. 29 препятствія къ опекунству относятся не только къ опекѣ правительственной, но и къ опекѣ законной и завѣщательной, такъ что родители или мужъ, которымъ принадлежитъ опека въ силу самаго закона, а также лица, назначенныя опекунами въ силу завѣщанія или другого акта (ст. 21—23), не могутъ быть опекунами при наличности одного изъ препятствій, указанныхъ въ ст. 29. Однако такое широкое примѣненіе ст. 29 едва ли отвѣчаетъ чувству справедливости и тѣмъ близкимъ отношеніямъ, которыя въ громадномъ большинствѣ случаевъ существуютъ между родителями и дѣтьми, а также между мужемъ и женою. Такъ, лица, которыя по судебнымъ приговорамъ подверглись наказаніямъ, лишающимъ права быть опекуномъ..... (п. 1), уволенные отъ обязанностей опекуна за злоупотребленія опекунскою властью (п. 2), объявленные несостоятельными... (п. 5), могутъ быть, казалось бы, опекунами надъ своими дѣтьми или женою. Эти лица, дѣйствительно, не внушаютъ къ себѣ довѣрія и не представляютъ прав-

ственной гарантіи въ правильномъ и добросовѣстномъ завѣдываніи опекою; но это лишь по отношенію къ постороннимъ лицамъ, а не по отношенію къ собственнымъ дѣтямъ или женѣ, съ которыми ихъ связываетъ естественное чувство любви, общность интересовъ и постоянное попеченіе объ ихъ благѣ. Замѣчу, что по германскому уголовному уложенію лишенный почетныхъ гражданскихъ правъ (неспособный вообще къ опекунству) можетъ, съ согласія опекунскаго суда или семейнаго совѣта, быть опекуномъ своихъ нисходящихъ родственниковъ (прусскій опекунскій уставъ, изд. редакц. ком. стр. 40, прим. 29). Точно также сербское уложеніе признаетъ лишеннаго гражданской чести вслѣдствіе преступленія способнымъ къ опекунству, если онъ назначенъ отцомъ и матерью опекаемаго (ст. 21, п. 4). Слѣдовало бы поэтому въ концѣ ст. 29 оговорить, что п. 1, 2 и 5 этой статьи не имѣютъ примѣненія къ лицамъ, коимъ опека принадлежитъ въ силу самаго закона. Но если по мысли редакціонной коммиссіи ст. 29 должна имѣть безусловное примѣненіе ко *всѣмъ* лицамъ, не исключая родителей и мужа (такая мысль выражена въ ст. 229 т. X 1 ч., 191 австр. улож., ст. 268 и 269 итал. улож., art. 442 и 443 code civil, ст. 21 прусск. опекунск. устава), то въ началѣ ст. 29 вмѣсто «не могутъ быть назначаемы опекунами», вѣрнѣе было бы сказать «не могутъ быть опекунами». Къ основаніямъ неспособности къ опекунству слѣдовало бы присоединить «явную вражду, ссору или тяжбу съ родителями несовершеннолѣтняго или съ нимъ самимъ», такъ какъ подобныя отношенія исключаютъ возможность безпристрастнаго и справедливаго завѣдыванія опекою (такое препятствіе къ опекунству признано дѣйствующимъ закономъ: ст. 256 п. 4 т. X ч. 1, ст. 193 австр. улож., ст. 268 итальянск. улож., art. 442 code civil, ст. 21 п. 9 сербск. улож., ст. 414 п. 7 гражд. зак. цар. Польскаго).

Глава III проекта о правахъ и обязанностяхъ опекуна по завѣдыванію опекою открывается ст. 40, по которой «опекунъ обязанъ заботиться о личности опекаемаго, о его воспитаніи и вообще о приготовленіи его къ полезной дѣятельности соотвѣтственно его общественному и имущественному положенію, способностямъ и здоровью, соображаясь притомъ съ желаніемъ родителей. Опекунъ имѣетъ право отдавать опекаемаго въ обученіе». Едва ли представляется достаточное основаніе къ такой подробной регламентаціи обязанностей опекуна по отношенію къ личности опекаемаго. Статья эта напоминаетъ еще болѣе растянутую статью дѣйствующаго закона (ст. 263) и имѣетъ значеніе скорѣе этическаго правила, такъ какъ въ законѣ

не указаны юридическія послѣдствія неисполненія опекуномъ означенныхъ обязанностей. Если опека надъ несовершеннолѣтними есть суррогатъ отношенія родителей къ дѣтямъ, то само собою разумѣется, что и попеченіе опекуна объ личности опекаемаго должно проявляться въ такомъ же видѣ и объемѣ, какъ и попеченіе родителей. Почти всѣ современныя иностранныя законодательства ограничиваются однимъ только общимъ указаніемъ, что на опекунѣ лежитъ попеченіе о личности и воспитаніи опекаемаго, безъ дальнѣйшихъ подробностей (code civil art. 450, прусск. опек. уставъ ст. 27, австр. улож. ст. 188, 216, саксонск. улож. ст. 1922 и 1923, серб. улож. ст. 44, 46 и 49, итальянск. улож. ст. 277, польскіе гражд. зак. ст. 422). Только цюрихское гражд. улож. въ ст. 341 высказывается по этому предмету болѣе подробно, наравнѣ съ нашимъ проектомъ. Точно также не имѣетъ юридической санкціи и представляется нравственною сентенціею постановленіе ст. 42, что «опекаемый обязанъ оказывать опекуну почтеніе и повиновеніе». Вообще слѣдуетъ, по моему мнѣнію, при составленіи и изданіи законодательныхъ актовъ избѣгать включенія въ нихъ такихъ постановленій или распоряженій, или перечисленія такихъ частностей, которыя сами собою вытекаютъ изъ общаго руководящаго положенія или понятія, или которыя имѣютъ характеръ совѣта, наставленія или инструкціи и не могутъ быть поддерживаемы понудительными мѣрами. Съ этой точки зрѣнія и ст. 45 могла бы ограничиться постановленіемъ, что «опекунъ обязанъ управлять имуществомъ опекаемаго, какъ заботливый хозяинъ» и воздержаться отъ деталей, составляющихъ естественное послѣдствіе этого общаго положенія. Поэтому представляется излишнимъ постановлять, что «опекунъ долженъ имѣть попеченіе о сохраненіи имущества опекаемаго и предохранять оное отъ разоренія и упадка, заботиться, чтобы причитающіяся опекаемому суммы поступали своевременно, чтобы расходы производились безъ излишества и чтобы платежи за опекаемаго вносились своевременно» (ст. 45). Сама же редакціонная коммиссія признала, что въ перечисленіи извѣстныхъ дѣйствій, которыя обязанъ предпринимать опекунъ, нѣтъ надобности, такъ какъ въ понятіи хозяина заключается указаніе дѣятельности опекуна относительно управленія имѣніемъ, что при этомъ надлежитъ избѣгать разнаго рода совѣтовъ и благопожеланій, которыя вытекаютъ изъ понятія надлежащаго управленія и которыя въ такомъ изобиліи находимъ въ 1 ч. X т. (Юридич. Вѣстн. 1889 г. № 2, стр. 261 и 262). Къ числу постановленій, сами собою вытекающихъ изъ общаго правила, относится ст. 49 о томъ, что «опе-

кунъ обязанъ заботиться о надежномъ помѣщеніи капиталовъ опекаемаго». Изъ понятія объ опекунѣ, какъ о представителѣ несовершеннолѣтняго, естественно вытекаетъ и то положеніе, содержащееся въ ст. 46, по которому «когда опекѣ подлежитъ только опредѣленная доля въ имуществѣ, принадлежащемъ нѣсколькимъ лицамъ, то опекунъ завѣдуетъ имъ сообща съ другими соучастниками». Въ виду этого означенныя статьи могли бы быть совершенно исключены изъ опекунскаго устава.

Ст. 59 постановляетъ, что въ случаѣ, если опекунъ отдаетъ въ заемъ капиталы опекаемаго безъ надлежащаго обезпеченія, то мировой судья немедленно требуетъ возвращенія капитала или представленія обезпеченія. На чемъ основано такое право мирового судьи? Къ кому и какимъ порядкомъ онъ предъявитъ означенное требованіе? Нѣтъ, мнѣ кажется, законнаго основанія считать договоръ займа, заключенный безъ надлежащаго обезпеченія, безусловно недѣйствительнымъ; такая недѣйствительность не можетъ быть подразумѣваема или предполагаема, а должна бы быть прямо выражена въ проектѣ, какъ это выражено относительно сдѣлокъ, совершенныхъ опекуномъ безъ разрѣшенія опекунскаго установленія, когда такое разрѣшеніе требуется (ст. 78). Обусловливая отдачу въ заемъ капиталовъ опекаемаго надлежащимъ обезпеченіемъ, законъ имѣлъ, конечно, въ виду ограждать интересы опекаемаго и предупреждать возможныя потери. Было бы поэтому раціональнѣе *предоставить* мировому судьѣ право (а не обязывать его) въ каждомъ данномъ случаѣ, если капиталы опекаемаго помѣщены въ невѣрныя руки и безъ достаточной гарантіи и вообще, если капиталамъ опекаемаго угрожаетъ опасность по винѣ опекуна, поручить ему потребовать отъ должника надлежащаго обезпеченія займа и въ случаѣ непредставленія таковаго потребовать отъ него судебнымъ порядкомъ возвращенія капитала. Само собою разумѣется, что опекунъ въ этомъ случаѣ отвѣтствуетъ за причиненный своими дѣйствіями ущербъ въ имуществѣ опекаемаго. При настоящей же редакціи ст. 59 чрезмѣрно затрудняется обращеніе капиталовъ опекаемаго и отдача ихъ въ заемъ, такъ какъ для заемщика является извѣстный рискъ и опасеніе, что отъ него могутъ неожиданно потребовать возвращенія капитала.

По ст. 60 опекунъ не имѣетъ права пользоваться, въ личную себѣ прибыль, деньгами и вообще имуществомъ опекаемаго. Послѣдствіе нарушенія этого постановленія указано въ этой же статьѣ только относительно денегъ, а не другого имущества опекаемаго: «за употребленіе, вопреки сему запрещенію, денегъ опекаемаго въ

свою пользу, опекунъ обязанъ, со времени такого ихъ употребленія, заплатить по 1%, въ мѣсяцъ». Слѣдовало бы установить такое же послѣдствіе и относительно всякаго другаго имущества опекаемаго, т. е. уплату 1% въ мѣсяцъ съ цѣны имущества.

Въ проектѣ излагаются подробныя правила относительно вступленія опекуна отъ имени несовершеннолѣтняго въ долговыя обязательства и другія сдѣлки, но въ немъ не встрѣчаемъ однако постановленія относительно залога и заклада принадлежащаго несовершеннолѣтнему имущества. Только изъ ст. 72, запрещающей представленіе имущества опекаемаго въ обезпеченіе обязательства третьихъ лицъ, можно заключать, что залогъ и закладъ въ обезпеченіе обязательства самого опекаемаго допускаются. По дѣйствующему закону займы подъ залогъ имѣній малолѣтнихъ совершаются не иначе, какъ съ разрѣшенія правительствующаго сената (ст. 289 т. X. 1 ч.). Точно также иностранныя законодательства обусловливаютъ отдачу въ залогъ или закладъ имущества опекаемаго разрѣшеніемъ семейнаго совѣта или опекунскаго суда (code civil art. 457, итальянск. улож. ст. 296, саксонск. улож. ст. 1942, сербск. улож. ст. 68, прусск. опекун. уставъ ст. 42 п. 5, зак. гражд. цар. Польск. ст. 434). Изъ соображеній редакціонной коммисіи видно, что предположено разрѣшать залоги недвижимаго и закладъ движимаго имущества несовершеннолѣтняго на тѣхъ же основаніяхъ, на которыхъ разрѣшается заемъ (Юридич. Вѣст. 1889 г., № 2, стр. 266). Въ виду этого слѣдовало бы ст. 63 проекта редактировать такимъ образомъ: «заемъ денегъ отъ имени опекаемаго, *какъ съ залогомъ или закладомъ его имущества,* такъ и безъ онаго разрѣшается...»

Ст. 71 и 72 воспрещаютъ опекуну совершать даренія отъ имени опекаемаго, а равно обязываться неустойкою, кромѣ *обычныхъ* подарковъ и неустойки. Эта послѣдняя оговорка, встрѣчающаяся относительно даренія въ пруссомъ опек. уставѣ (ст. 38), саксонск. улож. (ст. 1947), по растяжимости понятія «обычные», неопредѣленна и можетъ возбуждать на практикѣ споры и недоумѣнія. Не лучше ли предоставить мировому судьѣ по каждой опекѣ, соображаясь съ общественнымъ и имущественнымъ положеніемъ опекаемаго, опредѣлять максимальный размѣръ суммы, на которую опекунъ можетъ дарить или обязываться неустойкою? По общему правилу, выраженному въ ст. 73, опекунъ не можетъ вступить, въ качествѣ договаривающейся стороны, въ договоры относительно имущества опекаемаго. Но изъ этого правила допускается исключеніе, «если пріобрѣтеніе или наемъ опекуномъ имущества опекаемаго вызывается обоюдною

ихъ пользою», обусловливаемою исключительно положеніемъ имѣнія опекаемаго. Въ такомъ случаѣ «*мировой судья* можетъ разрѣшить заключеніе сдѣлки, назначивъ для сего временнаго опекуна» (ст. 73). Здѣсь замѣчается непослѣдовательность со стороны составителей проекта: если наемъ и пріобрѣтеніе имущества опекаемаго *посторонникъ лицомъ* обусловливается въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшеніемъ мирового съѣзда (ст. 62 и 68), то пріобрѣтеніе или наемъ имущества опекаемаго *опекуномъ* слѣдовало бы, съ бо̀льшимъ еще основаніемъ, допустить въ извѣстныхъ случаяхъ не иначе, какъ съ разрѣшенія мирового съѣзда, а между тѣмъ проектъ, неизвѣстно почему, ограничивается разрѣшеніемъ одного мирового судьи.

Ст. 74 постановляетъ, что «при полюбовномъ раздѣлѣ проектъ его долженъ быть представленъ мировому судьѣ, который даетъ разрѣшеніе на совершеніе сдѣлки. Когда въ составъ имущества, подлежащаго *судебному раздѣлу* или дѣлимаго полюбовно, входитъ недвижимое имѣніе, или когда въ иномъ имуществѣ доля опекаемаго по цѣнѣ своей превышаетъ 2000 руб., то требуется разрѣшеніе мироваго съѣзда». Судебный раздѣлъ, какъ извѣстно, наступаетъ тогда, когда въ теченіе двухъ лѣтъ не будетъ совершенъ полюбовный раздѣлъ (ст. 1317 X т. 1 ч); судебный раздѣлъ производится судомъ по просьбѣ даже и одного изъ совладѣльцевъ и имѣетъ понудительный характеръ (ст. 1409 и слѣд. уст. гражд. суд.). Интересы опекаемыхъ въ этомъ случаѣ достаточно гарантированы, такъ какъ раздѣлъ производится при участіи судебной власти, согласно съ установленными по этому предмету правилами. Слѣдовательно, нѣтъ никакой надобности въ какомъ-либо разрѣшеніи судебнаго раздѣла со стороны опекунскихъ установленій. Нельзя, кромѣ того, ставить дѣятельность судебной власти по производству раздѣла въ зависимость отъ разрѣшенія мирового съѣзда. А если онъ почему-либо не дастъ разрѣшенія? Неужели прочіе соучастники въ имуществѣ должны будутъ оставаться въ общемъ и нераздѣльномъ владѣніи и не могутъ просить судъ о раздѣлѣ? Если проектъ не требуетъ никакого разрѣшенія для публичной продажи имущества опекаемаго, въ порядкѣ понудительнаго взысканія (ст. 68), то и для судебнаго раздѣла, точно также носящаго понудительный характеръ, казалось бы, нѣтъ основанія требовать разрѣшенія мирового съѣзда. Оно поэтому должно быть установлено лишь для полюбовнаго раздѣла, и выраженіе «подлежащаго судебно̀му раздѣлу» слѣдуетъ исключить.

Ст. 77 проекта постановляетъ, что опекаемый отвѣтствуетъ по обязательствамъ наслѣдодателя только въ размѣрѣ унаслѣдованнаго

имъ имущества, съ присоединеніемъ къ послѣднему доходовъ со дня открытія наслѣдства и того, что слѣдовало отъ него наслѣдодателю. Мы не знаемъ, что именно побудило редакціонную коммиссію помѣстить въ опекунскій уставъ постановленіе, всецѣло относящееся къ области наслѣдственнаго права и опредѣляющее отношеніе наслѣдника къ обязательствамъ наслѣдодателя и мѣру отвѣтственности перваго. Задача опекунскаго устава нормировать совокупность взаимныхъ отношеній опекуна и опекаемаго, права и обязанности перваго по завѣдыванію опекою, условія возникновенія, существованія и прекращенія опеки; всѣ же правоотношенія, возникающія изъ другихъ институтовъ гражданскаго права, между прочимъ и изъ наслѣдованія и преемства, лежатъ внѣ предѣловъ опекунскаго устава. Изъ того, что изложенное въ ст. 77 постановленіе касается лица, состоящаго подъ опекою, нисколько не слѣдуетъ, что оно, т. е. постановленіе, должно быть помѣщено въ ряду правилъ объ опекѣ, и притомъ въ отдѣлѣ, озаглавленномъ: «о правахъ и обязанностяхъ опекуна по завѣдыванію опекою». Неизвѣстно также, почему относительно опекаемыхъ законъ отступаетъ отъ общаго принципа дѣйствующаго законодательства, въ силу котораго наслѣдникъ отвѣтствуетъ по обязательствамъ наслѣдодателя не только наслѣдственнымъ, но и собственнымъ имуществомъ (ст. 1259 п. 1 X т., 1 ч.). Во всякомъ случаѣ упомянутое постановленіе не находится ни въ какой связи съ опекунскимъ уставомъ, и потому оно должно быть исключено изъ проекта.

Ст. 78 опредѣляетъ послѣдствіе совершенія опекуномъ сдѣлокъ безъ разрѣшенія опекунскаго установленія, когда такое разрѣшеніе требуется: сдѣлки эти признаются недѣйствительными. Такая безусловная ничтожность сдѣлокъ не соотвѣтствуетъ той цѣли, для которой установлена авторизація опекунскаго установленія. Она несомнѣнно имѣетъ цѣлью огражденіе интересовъ *опекаемаго*, а не другихъ правоспособныхъ лицъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ. Но есть ли основаніе считать ничтожною сдѣлку, *клонящуюся къ выгодѣ или приносящую пользу опекаемому*, единственно потому, что опекунъ не испрашивалъ предварительно разрѣшенія опекунскаго установленія, или что послѣднее почему бы то ни было не изъявило впослѣдствіи одобренія сдѣлки? А если самъ опекаемый по прекращеніи опеки одобрилъ сдѣлку, находя ее для себя выгодною, а другіе участники сдѣлки ходатайствуютъ объ уничтоженіи ея? Вотъ почему, казалось бы, правильнѣе постановить (какъ это и предполагалось первоначально), что сдѣлки, заключенныя опекуномъ безъ надлежащаго раз-

рѣшенія, когда оно требуется, и не получившія послѣдующаго утвержденія, признаются недѣйствительными, *когда онѣ клонятся ко вреду* опекаемаго. Въ такомъ приблизительно смыслѣ постановлены ст. 787 и 1918 саксонскаго улож., ст. 46 прусскаго опекунскаго устава и ст. 379 цюрихскаго улож.

Относительно ст. 83 проекта, опредѣляющей 5% вознагражденіе опекуна съ *чистаго дохода*, слѣдуетъ замѣтить, что представляется совершенно излишнимъ сдѣланное во второй части этой статьи опредѣленіе того, что̀ признается чистымъ доходомъ, такъ какъ точно такое же опредѣленіе содержится въ ст. 1119 уст. гражд. суд.

Глава IV проекта излагаетъ правила о надзорѣ за опекунами и объ ихъ отвѣтственности. Относительно отдѣльныхъ статей этой главы необходимо замѣтить слѣдующее.

По ст. 86, опекунскія установленія принимаютъ мѣры къ устраненію упущеній и вообще неправильныхъ дѣйствій опекуновъ, въ случаѣ дошедшихъ къ означеннымъ установленіямъ свѣдѣній объ этихъ упущеніяхъ или дѣйствіяхъ, какъ отъ родственниковъ опекаемыхъ, такъ и отъ постороннихъ лицъ. Мнѣ кажется, что лучше было бы не указывать въ законѣ, отъ кого именно свѣдѣнія могутъ быть получены. Упущенія или неправильныя дѣйствія опекуновъ могутъ быть обнаружены мировымъ судьею непосредственно, или по сообщенію должностныхъ и частныхъ лицъ или присутственныхъ мѣстъ, или же по жалобѣ самого опекаемаго. Какимъ бы путемъ означенныя свѣдѣнія получены ни были, они должны вызывать со стороны опекунскихъ установленій тѣ или другія мѣры къ устраненію неправильностей. Вотъ почему выраженіе: «какъ отъ родственниковъ опекаемыхъ, такъ и отъ постороннихъ лицъ» слѣдовало бы изъ ст. 86 исключить.

Ст. 88 обязываетъ всѣхъ безъ исключенія опекуновъ къ отчетности, и проектъ постановляетъ подробныя правила по этому предмету. Слѣдовало бы, по моему мнѣнію, предоставить мировому судьѣ въ опредѣленныхъ случаяхъ освободить опекуна отъ представленія отчета, когда, напр., опекаемое имущество весьма незначительно и доходы съ него не превышаютъ издержекъ на содержаніе и воспитаніе опекаемаго (такое право предоставлено опекунскому суду ст. 238 австр. улож.), когда опекунами состоятъ отецъ или мать и изъ ихъ отношеній къ опекаемому и способа завѣдыванія ими опекаемымъ имуществомъ можно съ достовѣрностью заключить о добросовѣстномъ и заботливомъ охраненіи опекуномъ интересовъ опекаемаго. Мы уже выше высказались противъ участія мирового съѣзда въ завѣдываніи опекою, находя совершенно достаточнымъ ограничить функціи съѣзда

по этому предмету принятіемъ и разрѣшеніемъ жалобъ на мирового судью. Стремленіе редакціонной коммиссіи усилить надзоръ и контроль надъ опекунскою частью едва ли дастъ плодотворные результаты: все сведется къ соблюденію извѣстныхъ бумажныхъ формальностей, а въ существѣ своемъ опекунская часть будетъ всецѣло находиться въ рукахъ и во власти мироваго судьи. Съ этой точки зрѣнія мнѣ кажется совершенно излишнею возлагаемая ст. 97 на мирового судью обязанность ежегодно доносить мировому съѣзду: а) о числѣ опекъ въ предшествовавшемъ году; б) по всѣмъ ли симъ опекамъ представлены отчеты, и в) о числѣ разсмотрѣнныхъ отчетовъ. Подобныя ежегодныя донесенія будутъ составлять только лишнее бремя для мирового судьи и нисколько не усилятъ наддзора мирового съѣзда за опеками.

Ст. 103 постановляетъ, что за нерадѣніе или упущеніе опекуну дѣлается мировыми установленіями предостереженіе или налагается на него денежное взысканіе не свыше 300 р.... Мнѣ кажется, что проектъ относится къ дѣятельности опекуна чрезмѣрно сурово. Не слѣдуетъ забывать, что опекунство вызываетъ нерѣдко усиленные труды и заботы со стороны опекуновъ, что оно сопряжено съ отправленіемъ самыхъ разнообразныхъ и сложныхъ обязанностей, съ значительною потерею времени, и что взамѣнъ всего этого — воз награжденіе, получаемое опекуномъ, весьма скудное. По моему мнѣнію, имущественная отвѣтственность опекуна за всякій убытокъ, причиненный имъ опекаемому умышленно или вслѣдствіе нерадѣнія (ст. 98), установляемыя проектомъ репрессивныя мѣры — денежные штрафы и даже арестъ за непредставленіе опекуномъ отчеча въ срокъ и за недоставленіе свѣдѣній и бумагъ, нужныхъ для составленія отчета (ст. 91 и 94), право мирового судьи уволить опекуна въ случаѣ существенныхъ съ его стороны упущеній (ст. 107), отвѣтственность опекуна за дѣйствія управляющихъ, приказчиковъ и другихъ лицъ, опредѣленныхъ имъ по опекѣ—все это вполнѣ достаточно для того, чтобы дѣятельность опекуна была направлена ко благу и въ интересахъ опекаемаго. Нѣтъ поэтому никакой надобности еще усугублять строгость угрожающихъ опекуну послѣдствій предполагаемымъ ст. 103 предостереженіемъ и денежнымъ взысканіемъ за нерадѣніе или упущеніе.

Ст. 110 проекта принадлежитъ къ числу тѣхъ постановленій, которыя, налагая извѣстныя обязанности, не указываютъ въ то же время никакихъ послѣдствій на случай неисполненія этихъ обязанностей. О смерти опекуна *обязаны* извѣстить мирового судью безъ за-

медленія соопекуны умершаго и его наличные наслѣдники (ст. 110). Наслѣдники умершаго опекуна *обязаны* до назначенія новаго опекуна заботиться объ охраненіи вещей опекаемаго, находящихся въ оставшемся послѣ умершаго имуществѣ (ibid). Полагаю однако, что неисполненіе этихъ обязанностей влечетъ за собою имущественную отвѣтственность обязанныхъ лицъ за причиненные этимъ убытки.

Глава VI о прекращеніи опеки открывается ст. 112, указывающею два основанія прекращенія опеки: 1) смерть опекаемаго и 2) достиженіе имъ совершеннолѣтія. По общему правилу, какъ мы видѣли выше, опека не учреждается, когда въ лицѣ отца осуществляется родительская власть надъ несовершеннолѣтнимъ (ст. 14). Съ прекращеніемъ же родительской власти или при невозможности осуществлять ее (отецъ лишенъ всѣхъ правъ состоянія, поступилъ въ монашество, состоитъ подъ опекою или находится въ безвѣстномъ отсутствіи, тяжелая болѣзнь или другія исключительныя обстоятельства), опека учреждается, хотя бы отецъ былъ въ живыхъ (ст. 14). Кромѣ того, опека учреждается при жизни отца, когда къ несовершеннолѣтнему дошло отъ кого либо имущество (ст. 14 и 23). Съ устраненіемъ же причинъ, прекращающихъ или останавливающихъ дѣйствіе родительской власти, она сама собою возстановляется, и тогда опека должна прекратить свое существованіе въ силу общаго правила, по которому при жизни отца опека не учреждается. Точно также съ уничтоженіемъ дошедшаго къ несовершеннолѣтнему при жизни отца имущества, опека должна прекратиться. Въ виду этого къ указаннымъ двумъ основаніямъ прекращенія опеки слѣдовало бы присоединить: 3) возстановленіе родительской власти и возможности ея осуществленія, 4) уничтоженіе дошедшаго къ несовершеннолѣтнему имущества, если отецъ живъ. Замѣчу, что я выдвигаю эти два основанія прекращенія опеки главнымъ образомъ потому, что они вытекаютъ изъ самаго проекта, допускающаго *учрежденіе* опеки, при наличности упомянутыхъ обстоятельствъ; но я не утверждаю, что указанными мною основаніями исчерпываются всѣ поводы прекращенія опеки (они перечислены въ разсужденіяхъ коммисіи, которая полагала однако, что нѣтъ надобности указывать въ законѣ на всѣ причины, при наличности которыхъ прекращается опека; см. Юридич. Вѣстн. за 1889 г. апрѣль, стр. 646—647).

По ст. 114 опекунъ, по прекращеніи опеки, долженъ передать состоявшее въ его завѣдываніи имущество бывшему подъ опекою или его наслѣдникамъ.

По ст. 115 мировой судья не разсматриваетъ отчета, представ-

ляемаго опекуномъ по прекращеніи опеки, а передаетъ вышедшему изъ опеки или его наслѣдникамъ. Но кому передается имущество и отчетъ, когда наслѣдникъ несовершеннолѣтній? Въ этомъ случаѣ, мнѣ кажется, должна быть учреждена новая опека на общемъ основаніи, а до того прежній опекунъ продолжаетъ завѣдывать имуществомъ и передаетъ его затѣмъ вновь назначенному опекуну, ему же мировой судья передаетъ отчетъ. Объ этомъ слѣдовало бы оговорить въ опекунскомъ уставѣ.

Проектъ вводитъ въ систему опекунскихъ установленій, по примѣру западно-европейскихъ кодексовъ, семейный совѣтъ. Въ настоящее время, конечно, трудно предугадать, привьется ли этотъ новый институтъ къ русской опекѣ и принесетъ ли онъ благотворные результаты. Во всякомъ случаѣ, долголѣтній опытъ иностранныхъ государствъ, самый составъ семейнаго совѣта (онъ будетъ состоять преимущественно изъ ближайшихъ родственниковъ опекаемаго) и предполагаемое функціонированіе совѣта, въ качествѣ рѣшающаго, а не совѣщательнаго учрежденія, даютъ достаточное основаніе ожидать отъ него значительной пользы для опекунскаго дѣла, въ особенности для обширныхъ по имущественному составу опекъ, завѣдываніе которыми требуетъ много знанія, опытности и осмотрительности. Относительно проектируемыхъ постановленій о семейномъ совѣтѣ нужно замѣтить: 1) что къ поводамъ учрежденія семейнаго совѣта слѣдовало бы присовокупить «заявленіе самого опекаемаго, достигшаго 17 лѣтъ». Проектъ, какъ мы выше видѣли, признаетъ за опекаемымъ, достигшимъ 17 лѣтъ, нѣкоторую иниціативу и участіе въ завѣдываніи опекою. Ближайшимъ лицомъ, заинтересованнымъ въ успѣшномъ ходѣ опеки, это, разумѣется, самъ опекаемый, и было бы, мнѣ кажется, несправедливо отказать ему въ правѣ иниціативы въ учрежденіи семейнаго совѣта. Поэтому въ ст. 117, перечисляющей поводы къ учрежденію семейнаго совѣта, слѣдовало бы прибавить «по заявленію опекаемаго, достигшаго 17-лѣтняго возраста». Не лишнимъ было бы также оговорить, что *учрежденіе семейнаго совѣта обязательно* въ случаѣ заявленія о томъ лицъ, перечисленныхъ въ ст. 117, или въ силу завѣщанія или инаго письменнаго распоряженія отца или матери, а равно лица, предоставившаго опекаемому имущество. 2) Слѣдуетъ также предоставить опекаемому, достигшему 17 лѣтъ, и опекуну участвовать въ засѣданіяхъ семейнаго совѣта, послѣднему съ совѣщательнымъ только голосомъ. Участіе этихъ двухъ лицъ въ совѣщаніяхъ представляется весьма полезнымъ въ виду того, что они, стоя ближе всѣхъ къ опекѣ, могутъ сообщать совѣту необходимыя свѣдѣнія и основывать свои мнѣнія и заключенія по тому или дру-

гому вопросу на такихъ данныхъ, которыя могутъ быть неизвѣстны остальнымъ членамъ семейнаго совѣта. Кромѣ того, участвуя въ засѣданіяхъ совѣта, опекаемый и опекунъ будутъ знать постановленія совѣта и въ случаѣ неудовольствія будутъ имѣть возможность обжаловать эти постановленія своевременно. Но опекунъ не долженъ пользоваться правомъ рѣшающаго голоса, потому что семейный совѣтъ имѣетъ характеръ преимущественно учрежденія надзирающаго и контролирующаго дѣятельность опекуна (ср. итальянск. улож. ст. 251, прусскій опекунск. уставъ ст. 72, объ участіи опекуна и опекаемаго въ семейномъ совѣтѣ). 3) По ст. 120, изъ лицъ женскаго пола членами семейнаго совѣта могутъ быть только восходящія родственницы, родныя сестры и родныя тетки. Намъ неизвѣстно, почему совершеннолѣтняя жена опекаемаго не можетъ участвовать въ семейномъ совѣтѣ, а между тѣмъ совершеннолѣтній мужъ входитъ въ составъ совѣта (ст. 119). Если проектъ не устраняетъ вообще женщинъ отъ опекунства (ст. 29 и 30), то, казалось бы, нѣтъ никакого основанія устранить жену опекаемаго, которая ближайшимъ образомъ заинтересована въ дѣлѣ опеки, отъ участія въ семейномъ совѣтѣ. 4) По ст. 126, мировой судья не вправѣ отказать въ просьбѣ двухъ членовъ совѣта о созывѣ онаго. Въ виду того, что въ созывѣ совѣта можетъ быть близко заинтересованы, какъ опекунъ, такъ и опекаемый, достигшій 17 лѣтъ, слѣдовало бы обязать мирового судью созывать совѣтъ и въ случаѣ требованія о томъ означенныхъ лицъ (по прусск. опекунск. уставу совѣтъ созывается по требованію опекуна, ст. 77). 5) Согласно ст. 133, въ случаяхъ, когда для приведенія въ исполненіе постановленія мирового судьи требуется утвержденіе мироваго съѣзда, такое же утвержденіе нужно и для исполненія постановленія семейнаго совѣта. Выше мною высказаны были соображенія, по которымъ представляется цѣлесообразнѣе поручить завѣдываніе опекою исключительно мировому судьѣ и ограничивать функціи мирового съѣзда принятіемъ и разсмотрѣніемъ жалобъ. Но если участіе съѣзда въ опекунскихъ дѣлахъ будетъ оставлено въ томъ видѣ, въ какомъ оно предполагается по проекту, то съѣздъ долженъ бы быть, по крайней мѣрѣ, устраненъ отъ участія по тѣмъ опекунскимъ дѣламъ, по которымъ учреждены семейные совѣты. Какъ по своему составу, такъ и по коллегіальному способу рѣшенія дѣлъ, семейный совѣтъ представляетъ надежнѣйшую гарантію въ томъ, что его постановленія и распоряженія будутъ вполнѣ обдуманы, справедливы и направлены къ пользѣ и выгодѣ опекаемаго. Утвержденіе мирового съѣзда въ этомъ случаѣ представляется излишнимъ еще и по-

тому, что по 132 ст. мировой судья вправѣ пріостановить исполненіе постановленія совѣта и представить дѣло на разрѣшеніе съѣзда, когда судья находитъ, что постановленіе противозаконно или клонится къ явному вреду для опекаемаго. По моему мнѣнію авторизація семейнаго совѣта можетъ вполнѣ замѣнить разрѣшеніе и утвержденіе съѣзда; недовольные же постановленіемъ совѣта могутъ приносить жалобы мировому съѣзду. 6) Въ проектѣ нѣтъ указанія относительно отвѣтственности членовъ совѣта передъ опекаемымъ за убытки, а между тѣмъ такое указаніе казалось бы нелишнимъ для того, чтобы семейный совѣтъ относился къ своимъ обязанностямъ съ надлежащимъ вниманіемъ и заботливостью. Предоставляя ему извѣстныя права по завѣдыванію опекою, необходимо возлагать на него и отвѣтственность въ случаѣ упущеній или нерадѣнія (по ст. 106 сербск. улож., члены совѣта отвѣчаютъ опекаемому за убытки).

НОВѢЙШІЙ ПРОЕКТЪ УСТАВА ОБЪ ОПЕКАХЪ И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВАХЪ *).

Уже въ началѣ нынѣшняго столѣтія неудовлетворительное состояніе и устройство опеки въ Россіи обратили на себя вниманіе правительства. Переработка законовъ объ опекѣ началась уже въ 1803 г., когда возникла мысль объ изданіи гражданскаго уложенія, и особая законодательная комиссія съ гр. Сперанскимъ во главѣ составила проектъ положенія объ опекѣ и попечительствѣ, который былъ представленъ вмѣстѣ съ первою частью гражданскаго уложенія въ государственный совѣтъ въ 1810 г. Этотъ первый проектъ, составленный по французскому образцу, не былъ утвержденъ. Послѣ изданія свода гражданскихъ законовъ, Сперанскій сохранилъ отзывы разныхъ учрежденій и лицъ о недостаткахъ законовъ объ опекѣ и о мѣрахъ къ устраненію этихъ недостатковъ и передалъ ихъ при особой запискѣ министру юстиціи, который совмѣстно съ министромъ внутреннихъ дѣлъ составилъ новый проектъ положенія объ опекахъ и внесъ его въ 1838 г. въ государственный совѣтъ. Въ основу организаціи опеки, по этому проекту, положено было сословное начало и полное отдѣленіе опеки отъ судебнаго вѣдомства, при чемъ опекун-

*) Этотъ проектъ составленъ редакціонною комиссіею по составленію рус. гр. ул. уже послѣ того, какъ произошли крупныя перемѣны въ нашемъ судебно-административномъ строѣ съ учрежденіемъ новыхъ органовъ мѣстнаго управленія и суда въ лицѣ земскихъ начальниковъ, городскихъ судей, уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, уѣздныхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій и съ преобразованіемъ волостныхъ судовъ. Эти реформы и нововведенія должны были вызвать и дѣйствительно вызвали измѣненія въ предполагавшейся организаціи опекунскихъ установленій и оказали сильное вліяніе на предположенія комиссіи о порядкѣ завѣдыванія опекою.

скія мѣста первой инстанціи подчинены были губернскимъ опекамъ. Этотъ проектъ не былъ утвержденъ. Въ 1847 г. министромъ внутреннихъ дѣлъ гр. Перовскимъ былъ внесенъ опять новый проектъ устава объ опекахъ. Здѣсь обращалось особенное вниманіе на порядокъ назначенія опекуновъ, на участіе въ опекунствѣ родственниковъ опекаемаго и на причины отказа ихъ отъ опекунства. Проектъ этотъ былъ переданъ на заключеніе гр. Блудова (главноуправляющаго II отдѣленіемъ собственной Е. И. В. канцеляріи) и затѣмъ по исправленіи снова былъ внесенъ въ государственный совѣтъ въ 1854 г. Но онъ также былъ отложенъ разсмотрѣніемъ впредь до собранія свѣдѣній о стоимости содержанія опекунскихъ учрежденій въ Россіи и изысканія источниковъ на ихъ содержаніе. Въ 1860 году проектъ опекунскаго устава былъ въ четвертый разъ внесенъ въ государственный совѣтъ. Въ этомъ проектѣ предположено было опекунскія учрежденія обѣихъ инстанцій совершенно отдѣлить отъ судебныхъ мѣстъ, устранить изъ организаціи опекъ сословный характеръ, учредить уѣздныя и губернскія опеки для совмѣстнаго завѣдыванія въ уѣздѣ, городѣ и губерніи всѣми безъ изъятія опекунскими дѣлами дворянъ и всѣхъ лицъ, принадлежащихъ къ сословію городскихъ обывателей. Предположено было назначать опекуновъ изъ кандидатовъ, выбранныхъ заранѣе дворянскими и городскими обществами, и при участіи ближайшихъ родственниковъ; въ случаѣ неназначенія родителями въ завѣщаніи опекуна къ своимъ малолѣтнимъ дѣтямъ, выборъ опекуна предположено предоставить родственному совѣту и только при невозможности созвать его опекунъ назначается изъ числа кандидатовъ опекою. Отказываться отъ обязанностей опекуна, безъ опредѣленныхъ въ законѣ причинъ, не дозволяется. Причины эти слѣдующія: возрастъ до 60 лѣтъ, многочисленныя обязанности по государственной службѣ, многочисленное семейство при недостаточномъ состояніи, завѣдываніе въ одно и то же время нѣсколькими опеками и бытность опекуномъ не менѣе 17 лѣтъ. Государственный совѣтъ, находя, что основныя начала проекта заимствованы изъ прежнихъ проектовъ 1838 и 1847 годовъ и что съ того времени произошли и еще предположены многія преобразованія, имѣющія отношенія къ проекту, возвратилъ его министру внутреннихъ дѣлъ для сношенія со II отдѣленіемъ собственной Е. И. В. канцеляріи и съ министромъ финансовъ и юстиціи и для составленія новаго проекта, согласованнаго съ предпринятыми преобразованіями. Тогда образована была особая коммиссія подъ предсѣдательствомъ сенатора Любощинскаго изъ представителей упомянутыхъ вѣдомствъ, и былъ составленъ въ 1864 г.

новый проектъ устава объ опекахъ, который былъ переданъ на заключеніе главноуправляющаго II отдѣленіемъ собственной Е. И. В. канцеляріи и министровъ юстиціи финансовъ. Въ теченіе около 10 лѣтъ въ коммиссію поступали отъ разныхъ вѣдомствъ, мѣстъ и лицъ матеріалы, относящіеся къ опекѣ, и заключенія упомянутыхъ вѣдомствъ, и, сообразивъ все это, коммиссія выработала проектъ устава объ опекахъ, который появился въ свѣтъ въ 1875 году. Проектъ этотъ построенъ на слѣдующихъ общихъ началахъ: 1) вѣдѣніе опекунскихъ дѣлъ дворянъ, городскихъ и сельскихъ обывателей, если имущество послѣднихъ не состоитъ исключительно изъ крестьянскаго надѣла, сосредоточено въ одной общей опекѣ, пріурочепной къ мѣстнымъ уѣзднымъ земскимъ управамъ въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскія учрежденія; 2) для завѣдыванія опекунскими дѣлами образована опека въ одной инстанціи съ предоставленіемъ права обжалованія ея дѣйствій и распоряженій общимъ судебнымъ мѣстамъ; 3) для ближайшаго участія и надзора за опекунствами предположены родственные совѣты, которымъ не предоставлено, впрочемъ, права рѣшительнаго голоса, и 4) установленъ для совершеннолѣтія одинъ возрастъ— 21 годъ.

По этому проекту при назначеніи опекуновъ преимущество отдается родителямъ, дѣду и бабкѣ и другимъ родственникамъ опекаемаго, имѣющимъ право участвовать въ родственномъ совѣтѣ, а затѣмъ опекунъ назначается изъ числа выбранныхъ въ уѣздныхъ земскихъ собраніяхъ и городскихъ думахъ, или сословныхъ выборныхъ кандидатовъ, но наблюдая, чтобы опекунъ принадлежалъ къ одному сословію съ опекаемымъ. Въ проектѣ содержатся также подробныя правила объ освидѣтельствованіи безумныхъ, сумасшедшихъ, глухонѣмыхъ и нѣмыхъ, и объ опекахъ надъ ними; объ опекахъ надъ имуществомъ по неявкѣ наслѣдниковъ, по спорамъ противъ завѣщанія или о наслѣдствѣ, а также по нераздѣлу наслѣдства; объ опекахъ надъ имуществомъ безвѣстно отсутствующихъ и расточителей. По проекту преположено ввести также опеку надъ имуществомъ владѣльца, оставившаго беременную вдову (см. *Пахманъ*, Исторія кодификаціи, т. II, стр. 50—58; *Стрепетовъ*, Наши законы и законопроекты объ опекахъ—въ Жур. Граж. и Уг. Пр. за 1882 годъ, кн. 6, стр. 68—73; Объяснительная записка къ проекту устава объ опекахъ и попечительствахъ 1891 г., стр. 4—16). Проектъ объ опекахъ 1875 г. не получилъ дальнѣйшаго движенія, такъ какъ по Высочайшему повелѣнію учрежденъ былъ въ 1882 году особый комитетъ, подъ предсѣдательствомъ министра юстиціи, для составленія

гражданскаго уложенія; изъ состава комитета образована редакціонная коммиссія, на которую возложено составленіе первоначальнаго проекта гражданскаго уложенія. Эта коммиссія и приступила къ составленію проекта объ опекахъ и попечительствахъ, какъ составной части гражданскаго уложенія, соображаясь при этомъ съ предъидущимъ проектомъ.

Перечисленный длинный рядъ проектовъ заканчивается вышедшимъ въ свѣтъ проектомъ (1891 г.), составленнымъ коммиссіею по составленію гражданскаго уложенія въ силу Высочайше утвержденнаго 11 декабря 1884 года мнѣнія государственнаго совѣта, который призналъ, что «въ виду крайней неудовлетворительности нынѣшняго устройства опекунской части, весьма желательно дать направленіе въ законодательномъ порядкѣ вопросу о переустройствѣ сей части, не ожидая окончанія трудовъ Высочайше утвержденнаго при министерствѣ юстиціи комимета по составленію новаго гражданскаго уложенія, нынѣ же подвергнуть этотъ вопросъ отдѣльному разсмотрѣнію въ означенномъ комитетѣ и выработанныя онымъ предположенія, по сношенію съ подлежащими вѣдомствами, въ непродолжительномъ, по возможности, времени внести на обсужденіе государственнаго совѣта». Во исполненіе сего коммиссія, кромѣ изготовленія проекта постановленій собственно объ опекахъ и попечительствахъ, долженствующаго впослѣдствіи войти въ составъ общаго проекта гражданскаго уложенія, обязана была выработать и проектъ постановленій объ опекунскихъ установленіяхъ (см. объяснительную записку къ проекту, стр. 16).

I.

Опека и попечительство.

Проектъ различаетъ, какъ и дѣйствующее законодательство, опеку и попечительство и указываетъ условія и случаи возникновенія того и другого института. Но понятія этихъ институтовъ недостаточно опредѣлены въ проектѣ, такъ что точное ихъ разграниченіе представляется довольно труднымъ. Если предположено ввести въ наше законодательство требуемыя дѣйствительною жизнью два сходственныхъ между собою и потому часто смѣшиваемыхъ института, то слѣдуетъ ихъ обособлять другъ отъ друга, указать индивидуальные признаки того и другого и дать точное опредѣленіе понятій опеки и попечительства. Тогда логически сами собою открывались бы всѣ

случаи учрежденія и существованія опеки или попечительства и не было бы повода къ недоразумѣніямъ и произвольнымъ толкованіямъ. Общія опредѣленія понятій правовыхъ институтовъ въ самомъ законѣ необходимы у насъ болѣе, чѣмъ гдѣ либо. Чтобы раскрыть внутренній смыслъ той или другой юридической нормы, угадать ratio legis, дѣлать обобщенія и дедукціи, нужно развитое юридическое мышленіе, нужна вѣковая опытность и способность къ синтезу со стороны лицъ, призванныхъ примѣнять законъ къ разнообразнѣйшимъ жизненнымъ явленіямъ. Составители проекта удерживаютъ существующіе въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ термины «опека» и «попечительство», но придаютъ имъ, въ особенности, «попечительству» совершенно иное значеніе. Они сознаютъ, что «въ современныхъ европейскихъ законодательствахъ попечительство является институтомъ недостаточно выработаннымъ, предѣлы его не установлены съ надлежащею ясностью; попечительство иногда не отдѣляется отъ опеки, сливается съ нею. Это объясняется тѣмъ, что въ составъ попечительства включаются разнородные предметы, не имѣющіе между собою связи и потому точное опредѣленіе попечительства весьма трудно» (см. объяснительную записку къ проекту, стр. 110). Составители проекта стараются провести различіе между опекою и попечительствомъ и установить отличительные признаки того и другого института. Признаки опеки заключаются, по ихъ мнѣнію, въ общемъ основаніи ея учрежденія или возникновенія, въ продолжительности ея существованія и въ характерѣ и объемѣ ея дѣйствія. Для учрежденія опеки непремѣннымъ условіемъ считается *неправоспособность* лица. Это составляетъ первый отличительный признакъ опеки. Второй признакъ тотъ, что опека предназначается существовать въ теченіе всего того времени, пока продолжается неправоспособность лица. Наконецъ, и это составляетъ третій признакъ, въ опекѣ сосредоточивается *общее представительство неправоспособнаго*. «Отсутствіе этихъ трехъ признаковъ или даже котораго либо изъ нихъ даетъ представительству иной характеръ, и для отличія такихъ представительствъ отъ опеки проектъ именуетъ ихъ *„попечительствами“* (тамъ же, стр. 112 и 113). Такимъ образомъ, понятіе попечительства опредѣляется *отрицательными* признаками или отсутствіемъ тѣхъ чертъ, которыми характеризуется опека.

При такомъ отрицательномъ опредѣленіи института можно спросить, чѣмъ же попечительство отличается отъ другихъ видовъ представительства, наприм., отъ mandatum и negotiorum gestio? И здѣсь отсутствуютъ тѣ признаки, которыми характеризуется опека; они,

по крайней мѣрѣ, не составляютъ необходимыхъ условій для существованія этихъ формъ представительства. Чтобы разграничить опеку отъ попечительства, нужно было бы установить для каждаго изъ этихъ институтовъ *положительные* отличительные признаки, опредѣляющіе природу того и другого. Тогда сама собою обнаружилась бы цѣль учрежденія опеки или попечительства, стало бы для всѣхъ ясно и понятно, въ какихъ именно случаяхъ и для чего установляется опека, и въ какихъ и для чего—попечительство.

Опека и попечительство суть виды одного общаго родоваго понятія представительства. Они вызваны потребностями общежитія и гражданскаго оборота. Лица и вещи въ обширномъ смыслѣ суть необходимые факторы общежитія и человѣческой культуры. Безъ нихъ правовая и экономическая жизнь немыслимы. Лица, лишенныя возможности или способности временно или навсегда функціонировать въ качествѣ субъектовъ правъ, т. е. лица недѣеспособныя нуждаются, очевидно, въ попеченіи, охранѣ и поддержкѣ, какъ ихъ самихъ, такъ и принадлежащихъ имъ имуществъ. Общество и государство для поддержанія и дальнѣйшаго развитія соціальнаго строя должны въ этомъ случаѣ придти на помощь и восполнить пробѣлъ. Отсюда и возникли институты опеки и попечительства. Съ поступательнымъ движеніемъ человѣческой культуры, съ ростомъ индивидуальныхъ и общественныхъ потребностей, эти институты развиваются, дифференцируются и обособляются. Уже римляне различали tutela отъ cura и выставляли положеніе: tutor personae non rei vel causae datur, tutor personae, curator rei datur. По объясненію Виндшейда, выраженіе *опекунъ* означаетъ лицо, призванное государственною властью пещись о комъ-нибудь, который не можетъ самъ имѣть попеченіе о себѣ, и отправляющее свою должность подъ надзоромъ государства. Опека обосновываетъ право опекуна замѣнять подопечнаго въ юридическихъ дѣйствіяхъ и распоряжаться его имуществомъ. Но бываютъ, говоритъ онъ, случаи, когда государство принимаетъ мѣры для охраненія не столько имущественныхъ интересовъ опредѣленнаго лица, сколько интересовъ опредѣленнаго имущества, какъ таковаго. Въ этихъ случаяхъ учреждается попечительство (cura bonorum); оно учреждается надъ имуществомъ, оставленнымъ безъ защиты лицомъ отсутствующимъ, надъ наслѣдствомъ, не имѣющимъ еще хозяина, надъ имуществомъ, состоящимъ въ конкурсѣ (см. *Виндшейдъ*, Объ обязательствахъ по римскому праву, §§ 187 и 202). Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имущество должно быть взято въ управленіе не по личнымъ качествамъ субъекта, т. е. обладателя имущества, а по другимъ при-

чинамъ, учреждается попечительство (cura bonorum). На обязанности попечителя лежитъ главнымъ образомъ охраненіе и сохраненіе имущества (custodia rerum), но не управленіе (administratio) имъ. Онъ поэтому не вправѣ отчуждать имущество, за исключеніемъ вещей, подверженныхъ скорой порчѣ. Въ этомъ содержится существенное различіе между опекою и попечительствомъ (см. *Пухта*, Pandekten § 330, стр. 500 и 501, Vorlesungen § 347, стр. 206).

Изъ европейскихъ гражданскихъ кодексовъ австрійское уложеніе старается провести различіе между опекою и попечительствомъ. По статьѣ 188 уложенія, опекунъ долженъ преимущественно пещись о личности несовершеннолѣтняго, но вмѣстѣ съ тѣмъ управлять его имуществомъ; попечитель назначается для завѣдыванія дѣлами тѣхъ, которые сами неспособны завѣдывать ими не по несовершеннолѣтію, а по другому основанію. Но при изложеніи случаевъ учрежденія попечительства австрійское уложеніе отступаетъ отъ указаннаго имъ различія между опекуномъ и попечителемъ (ст. 225, 271—279).

Нашъ проектъ допускаетъ учрежденіе попечительства, какъ при наличности *опредѣленнаго* субъекта (обладателя правъ, какъ неправоспособнаго, такъ и правоспособнаго), такъ и при отсутствіи такого субъекта (ст. 235—245). Такое широкое примѣненіе института попечительства сглаживаетъ особенныя черты, отличающія его отъ опеки, и происходитъ, мнѣ кажется, отъ неточнаго опредѣленія въ проектѣ понятій того и другаго института. Законодатель, по нашему мнѣнію, долженъ прежде всего преслѣдовать практическія, утилитарныя цѣли, удовлетворять жизненныя потребности и внести строгую опредѣленность въ правовую жизнь народа. По сложившимся въ современномъ обществѣ, не исключая и нашего, понятіямъ, опека обнимаетъ всю правовую сферу лица, неспособнаго по тому или другому основанію заботиться о своемъ благѣ и функціонировать, какъ членъ общежитія, какъ составная часть общественнаго организма. Опека, являясь первоначально суррогатомъ родительской власти, отвоевывала себѣ постепенно, съ эволюціею общества, все болѣе и болѣе широкую область въ интересахъ, какъ отдѣльнаго индивида, такъ и цѣлаго общества. Главная цѣль опеки въ современномъ ея значеніи— попеченіе о недѣеспособной личности и о ея имуществѣ; содержаніе опеки—функціонированіе одного лица въ интересахъ и въ пользу другаго опредѣленнаго лица, нуждающагося въ такомъ представительствѣ по личнымъ своимъ свойствамъ или вѣрнѣе недостаткамъ. Дѣятельность опекуна направлена, съ одной стороны, непосредственно на самую личность подопечнаго (воспитаніе, содержаніе его и проч.),

съ другой—на имущественную его сферу, на представительство его по отношенію, какъ къ вещамъ, такъ и къ лицамъ. Въ этомъ заключаются функціи опекуна. Здѣсь необходимымъ условіемъ является существованіе недѣеспособнаго субъекта, вызывающее необходимость попеченія о немъ самомъ и о его имуществѣ. Опека можетъ существовать и при отсутствіи у подопечнаго имущества, такъ какъ и въ этомъ случаѣ недѣеспособный субъектъ нуждается въ попеченіи и въ представительствѣ (ср. п. 3 ст. 251 и прим. X т., 1 ч.); попечительство же имѣетъ исключительною цѣлью завѣдываніе имуществомъ; оно имѣетъ чисто хозяйственный, экономическій характеръ; оно вызывается потребностями гражданскаго оборота въ тѣхъ случаяхъ, когда субъектъ имущества въ данное время неизвѣстенъ, когда связь его съ имуществомъ почему-либо порвана или когда онъ устраненъ отъ завѣдыванія имуществомъ. Попечительство въ этихъ случаяхъ учреждается преимущественно для огражденія интересовъ потенціальнаго или будущаго собственника этого имущества и третьихъ лицъ—его кредиторовъ. Это не есть представительство въ собственномъ смыслѣ (что̀ составляетъ отличительный признакъ опеки), а управленіе, завѣдываніе имуществомъ, оставшимся безъ хозяина (Ср. *Гордонъ*, Представительство въ гражданскомъ правѣ, стр. 54—58). Въ видѣ общей схемы можно, мнѣ кажется, формулировать соотношеніе и различіе между опекою и попечительствомъ такъ: опека учреждается, когда есть недѣеспособное лицо, попечительство—когда есть безхозяйное имущество. Повторяемъ, законодатель долженъ задаваться главнымъ образомъ практическими, утилитарными цѣлями и отвѣчать на запросы дѣйствительной жизни, хотя бы для этого пришлось пожертвовать нѣкоторыми традиціонными формулами и правовыми институтами, ставшими почему-либо непригодными для современнаго нашего быта. Если принять предлагаемое мною схематическое опредѣленіе понятій опеки и попечительства, то сами собою выступаютъ отчетливо случаи назначенія опекуна или попечителя. Первый назначается къ лицу и имуществу несовершеннолѣтнихъ, а также совершеннолѣтнихъ, объявленныхъ неправоспособными (вѣрнѣе недѣеспособными) вслѣдствіе душевной болѣзни, глухонѣмоты, нѣмоты и слѣпоты или вслѣдствіе расточительности. Попечитель назначается для охраненія имущественныхъ правъ зачатаго дитяти (здѣсь субъектъ правъ еще неизвѣстенъ, онъ можетъ и не родиться или родиться мертвымъ, такъ что дѣятельность попечителя ограничивается управленіемъ имуществомъ будущаго, эвентуальнаго субъекта); онъ назначается также къ наслѣдству по случаю непринятія его наслѣд-

никами или по неявкѣ ихъ въ установленный срокъ, или же по случаю спора противъ завѣщанія, когда завѣщенное имущество не поступило еще ни въ чье владѣніе; къ наслѣдству, подлежащему судебному раздѣлу и къ имуществу отсутствующаго или безвѣстно отсутствующаго (ср. проектъ, ст. 240—245). Попечитель назначается также для завѣдыванія дѣлами несостоятельнаго до учрежденія конкурса (ст. 10 и 15 Правилъ о несостоятельности). Во всѣхъ этихъ случаяхъ цѣль попечительства—охраненіе и сохраненіе имущества въ интересахъ будущихъ эвентуальныхъ собственниковъ его, а также третьихъ лицъ. Попечитель здѣсь является представителемъ имущественныхъ интересовъ будущаго собственника, но сфера его дѣятельности гораздо уже и ограниченнѣе, чѣмъ сфера дѣйствій опекуна. Во всѣхъ же случаяхъ, когда владѣлецъ имущества извѣстенъ и когда онъ недѣеспособенъ, назначается опекунъ. Исходя изъ указаннаго различія между опекою и попечительствомъ, мы полагаемъ, что во многихъ указанныхъ проектомъ случаяхъ слѣдуетъ назначить не попечителя, какъ предлагаетъ проектъ, а опекуна. Такъ, опекунъ долженъ быть назначенъ: 1) для заключенія несовѣршеннолѣтнимъ сдѣлки съ отцомъ или для веденія съ нимъ тяжбы (ст. 46); 2) когда отецъ (природный опекунъ) несовершеннолѣтняго заключенъ подъ стражу, находится въ продолжительномъ отсутствіи, либо тяжко боленъ (ст. 51); 3) когда постоянный опекунъ не можетъ быть назначенъ въ непродолжительномъ времени, а также, когда назначенный уже опекунъ не можетъ еще вступить въ отправленіе своихъ обязанностей (ст. 63); 4) для заключенія между опекаемымъ и опекуномъ сдѣлки о наймѣ или пріобрѣтеніи имущества несовершеннолѣтняго (ст. 118); 5) когда между двумя либо нѣсколькими несовершеннолѣтними, имѣющими одного и того же опекуна, возникаетъ тяжба или необходимо совершеніе сдѣлки, а также въ случаѣ возникновенія тяжбы между опекуномъ и несовершеннолѣтнимъ (ст. 126 и 127); 6) когда для пользы несовершеннолѣтняго, къ которому опекунъ еще не назначенъ или опекунъ котораго отсутствуетъ, должно быть совершено дѣйствіе, требующее опекунскаго представительства (ст. 128); 7) въ случаѣ тяжкой болѣзни опекуна, продолжительнаго его отсутствія или иныхъ препятствій, не дозволяющихъ ему исполнять опекунскія обязанности (ст. 153). Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ нужно представительство для лица *недѣеспособнаго*, нужна замѣна его другимъ лицомъ, дѣйствующимъ за него и въ его интересахъ. Временный характеръ этого представительства, неполнота и частичность его, не исключаютъ самаго понятія опеки. Недѣеспособ-

ность представляемаго составляетъ отличительный признакъ опеки. Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ имѣетъ примѣнепіе общее правило, по которому опека существуетъ до тѣхъ поръ, пока не устранено вызвавшее ее основаніе (ст. 244). Точно также долженъ быть назначенъ опекунъ (а не попечитель) къ имуществу, доставшемуся несовѣршеннолѣтнему по наслѣдованію или даренію, если наслѣдодатель или даритель сдѣлалъ распоряженіе объ устраненіи родителя или опекуна отъ завѣдыванія симъ имуществомъ (ст. 236). Такое положеніе содержится въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ (ст. 229—231 X т., 1 ч.), остзейскихъ законахъ (ст. 294), саксонскомъ уложеніи и въ проектѣ опекунскаго устава 1874 г. (ст. 69). Все сказанное относительно несовершеннолѣтнихъ, должно имѣть примѣненіе и къ совершеннолѣтнимъ, объявленнымъ неправоспособными (ср. ст. 238 проекта).

Проектъ предусматриваетъ случай, когда совершеннолѣтній, не лишенный общей правоспособности, т. е. не объявленный неправоспособнымъ по отсутствію достаточныхъ къ тому основаній, не можетъ фактически завѣдывать своими имущественными дѣлами вслѣдствіе душевной или тѣлесной болѣзни или вслѣдствіе физическаго недостатка. Въ этомъ случаѣ, по просьбѣ этого лица, а если онъ не можетъ заявить ходатайство по этому предмету, то по заявленію другихъ лицъ, назначается попечитель (ст. 239). Точно также къ совершеннолѣтнему, о которомъ возбуждено дѣло объ объявленіи его неправоспособнымъ вслѣдствіе душевной болѣзни или физическихъ недостатковъ (глухоты, нѣмоты или слѣпоты), можетъ быть, *до объявленія его неправоспособнымъ,* назначенъ попечитель (ст. 200 и 223). Оба эти весьма раціональныя постановленія проекта совершенно соотвѣтствуютъ изложенному нами понятію попечительства. Они касаются лицъ юридически право—и дѣеспособныхъ; нѣтъ, слѣдовательно, основанія къ назначенію опеки; но лица эти находятся въ состояніи, близкомъ къ неправоспособности, не могутъ фактически завѣдывать своими дѣлами наравнѣ съ другими правоспособными лицами, поэтому для охраны ихъ имуществъ (custodia rerum), для предупрежденія растратъ и упадка дѣлъ совершенно правильно и целесообразно учреждается попечительство, но въ первомъ случаѣ (ст. 239) не ex officio, а по инициативѣ заинтересованнаго лица.

II.

Организація опеки и попечительства.

Въ основу разсматриваемаго проекта положены *всесословность* опекъ и попечительствъ, т. е. учрежденіе общихъ для *всѣхъ сословій* опекунскихъ установленій, и предоставленіе опеки и попечительства вѣдѣнію органовъ *судебной* власти (ст. 3).

Извѣстно, что сословное устройство опекунскихъ учрежденій принадлежитъ императрицѣ Екатеринѣ II. По учрежд. о губ. 1775 г. для дворянъ установляется дворянская опека при уѣздномъ судѣ, а для горожанъ—городовой сиротскій судъ при магистратѣ (опека надъ малолѣтними изъ коренныхъ крестьянъ поручена въ 1797 г. волостному головѣ; опека надъ лицами духовнаго сословія духовному начальству въ 1817 г.). Послѣ учрежденія о губ. при Екатеринѣ же (22 дек. 1785 г.) установлено различіе опеки и попечительства (см. *Владимірскій-Будановъ*, Обзоръ исторіи русскаго права, выпускъ II, стр. 146; *Пахманъ*, Исторія кодификаціи, т. II, стр. 51). Такая организація опекунскихъ установленій, основанная на сословномъ началѣ, сохранилась и до настоящаго времени и вошла въ составъ дѣйствующаго свода съ нѣкоторыми измѣненіями въ частностяхъ, сообразно съ обстоятельствами времени и съ измѣненіями въ устройствѣ управленія. Реформы прошлаго царствованія, направленныя къ объединенію сословій и состояній, къ подведенію всего населенія подъ общій типъ русскихъ гражданъ, обнаружили всю несостоятельность и неудовлетворительность существующаго устройства опекунскихъ установленій и вызвали неотложную потребность въ ихъ реорганизаціи. Составители проекта предлагаютъ устроить опекунскую часть на слѣдующихъ основаніяхъ. «Опека и попечительство, сказано въ ст. 3 проекта, вѣдаются: а) въ округахъ судебно-мировыхъ—съѣздами мировыхъ судей; б) въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ,—уѣздными съѣздами въ судебномъ ихъ присутствіи. Ближайшее наблюденіе за опеками и попечительствами принадлежитъ опекунскимъ начальникамъ, каждому въ предѣлахъ его вѣдомства: участковымъ мировымъ судьямъ, а гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, въ уѣздахъ—земскимъ начальникамъ, въ городахъ—городскимъ судьямъ». Такая организація опекунскихъ установленій не обнимаетъ однако самой многочисленной части населенія—сельскихъ обывателей—крестьянъ. Опеки и попечительства надъ сельскими обывателями, *живущими внѣ городскихъ поселеній*, под-

лежать вѣдомству *волостныхъ судовъ:* 1) независимо отъ цѣнности имущества: а) когда принадлежащее сельскому обывателю недвижимое имѣніе поступило къ нему въ качествѣ крестьянскаго надѣла, б) когда движимое имущество составляетъ принадлежность крестьянскаго хозяйства и находится въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла; 2) когда цѣнность находящагося *внѣ городского поселенія* недвижимаго или движимаго имущества, не принадлежащаго къ надѣлу, не превышаетъ 2,000 руб. За исключеніемъ этихъ случаевъ, опеки и попечительства надъ сельскими обывателями поступаютъ въ вѣдѣніе опекунскаго начальника, хотя бы отдѣльное какое-либо имущество опекаемаго, по свойству своему или по цѣнѣ, могло подлежать вѣдомству волостного суда (ст. 4). Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что правильная, соотвѣтствующая требованіямъ современной дѣйствительности организація у насъ опекунской части задача чрезвычайно трудная. Извѣстный нашъ ученый юристъ и публицистъ высказался по этому предмету въ 80-хъ годахъ весьма пессимистически. Преобразованіе у насъ опекунской части, говоритъ онъ, находящейся въ очень незавидномъ положеніи, едва ли приведетъ къ ожидаемымъ результатамъ, такъ какъ предполагаетъ или добрые нравы въ обществѣ, или хорошо развитую и устроенную бюрократію; а у насъ въ обоихъ отношеніяхъ остается еще многаго желать (*Кавелинъ*, Очерки юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ семейнаго союза, стр. 122). Трудность задачи возрасла еще болѣе въ послѣднее время съ преобразованіемъ, но далеко не на всей русской территоріи, мѣстныхъ крестьянскихъ и судебныхъ учрежденій. Мировая юстиція, органамъ которой предполагалось прежде предоставить завѣдываніе опекунскою частью, сохранена только въ видѣ исключенія въ столицахъ и въ нѣкоторыхъ большихъ городахъ. Она трансформирована и раздроблена на нѣсколько частицъ, не объединенныхъ между собою органическою связью. Взамѣнъ мировыхъ судей поставлены теперь: земскіе начальники, соединяющіе въ своемъ лицѣ власть судебную и административную и состоящіе въ вѣдомствѣ министерства внутреннихъ дѣлъ, городскіе судьи и уѣздные члены окружныхъ судовъ, облеченные исключительно судебною властью и состоящіе въ вѣдомствѣ министерства юстиціи. На смѣну мирового съѣзда и правительствующаго сената, въ качествѣ кассаціонной инстанціи по дѣламъ мировой юстиціи, явились уѣздный съѣздъ и губернское присутствіе.

Благодаря этимъ модификаціямъ въ области мѣстнаго низшаго суда, составители проекта, оставаясь въ общемъ вѣрными идеѣ завѣдыванія опекою органами судебной власти, сочли необходимымъ

дробить и распредѣлить опекунскую юрисдикцію между вновь созданными органами суда (исключая уѣзднаго члена): земскими начальниками, городскими судьями и сохранившимися мировыми судьями съ ихъ съѣздами (уѣздными и мировыми) Противъ предлагаемаго проектомъ устройства опекунскихъ установленій я позволю себѣ замѣтить слѣдующее. Съ одной стороны, прежнія сословныя опекунскія учрежденія замѣняются общими всесословными установленіями—опекунскими начальниками, мировыми и уѣздными съѣздами; съ другой—установленія эти разнородны, и изъ принципа всесословности исключаются сельскіе обыватели: опеки и попечительства надъ ними подлежатъ вѣдомству волостныхъ судовъ. Такимъ образомъ, вмѣсто единаго цѣльнаго института, который имѣли въ виду создать составители проекта и который вѣдалъ бы дѣла по опекамъ всѣхъ сословій, опека разбита между разнородными учрежденіями съ примѣсью сословнаго элемента (см. ниже). Сами составители проекта находятъ, что если сохранить существующія (сословныя) опекунскія установленія, образованныя еще при Екатеринѣ II, то съ отмѣною крѣпостнаго права, вызвавшаго необходимость принять во вниманіе и крестьянскія опеки, нужно было бы въ уѣздѣ учредить три опекунскія установленія, не считая особаго установленія для опекъ надъ лицами духовнаго званія... Желательно, говорятъ составители проекта, стремиться, согласно Высочайшей волѣ, къ объединенію власти въ низшихъ инстанціяхъ, а никакъ не къ спеціализаціи ея. Единство опекунскихъ установленій весьма существенно для правильнаго хода опекунскихъ дѣлъ; при единствѣ нѣтъ безполезной переписки, недоразумѣній и пререканій, какія неминуемо являются, коль скоро дѣла опекунскія вѣдаются различными учрежденіями (см. объяснительную записку, стр. 46 и 47). Въ предлагаемой проектомъ организаціи опекунскихъ установленій нѣтъ, по моему мнѣнію, того единства и той простоты, которыя дѣйствительно крайне желательны въ опекунскомъ дѣлѣ. Создаются разнородные органы, завѣдующіе опекунскою частью, смотря по мѣсту учрежденія опеки и попечительства. Въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, опекунскою частью въ уѣздѣ будетъ завѣдывать земскій начальникъ, лицо, избираемое и назначаемое исключительно изъ *дворянскаго сословія*, тогда какъ по принципу всесословности опеки слѣдовало бы предоставить опекунскую власть должностнымъ лицамъ, избираемымъ или назначаемымъ, безъ ограниченія какимъ либо сословіемъ.

Единство и цѣльность института нарушены, по моему мнѣнію, и тѣмъ, что относительно сельскихъ обывателей опека и попечитель-

ство разбиты между двумя установленіями: опекунскимъ начальникомъ и волостнымъ судомъ (ст. 283). Обособленіе крестьянскихъ опекъ составители проекта мотивируютъ финансовыми соображеніями и тѣмъ, что у насъ мало опекунскихъ начальниковъ, и мы не располагаемъ достаточнымъ числомъ людей для замѣщенія этихъ должностей и для увеличенія личнаго ихъ состава. Кромѣ того, для завѣдыванія сельскими опеками необходимо близкое знакомство съ условіями сельскаго быта, что не всегда доступно опекунскимъ начальникамъ (Объясн. зап., стр. 131 и 133). Несмотря однако на эти соображенія, не всѣ крестьянскія опеки подчинены проектомъ волостнымъ судамъ (см. выше). При обсужденіи предъидущаго проекта опекунскаго устава я коснулся этого вопроса и находилъ, что дробленіе крестянскихъ опекъ по указаннымъ въ проектѣ признакамъ представляетъ много практическихъ неудобствъ и не вытекаетъ изъ приведенныхъ основаній, по которымъ составители проекта отступали по отношенію къ крестьянамъ отъ принципа всесословности опекъ. Практическія неудобства, порождаемыя двойственною системою крестьянскихъ опекъ, заключаются, главнымъ образомъ, въ томъ, что изслѣдованіе и приведеніе въ извѣстность въ каждомъ данномъ случаѣ свойства и цѣны имущества, подлежащаго опекунскому завѣдыванію, т. е. надѣльное ли оно, или внѣнадѣльное, составляетъ ли оно принадлежность крестьянскаго хозяйства и находится ли въ предѣлахъ надѣла, какова цѣна имущества и превышаетъ ли она 2,000 руб. или нѣтъ, будутъ несомнѣнно задерживать и замедлять учрежденіе опеки, а между тѣмъ она должна быть учреждена немедленно при наступленіи требуемыхъ для сего условій. Неизвѣстно при томъ, кто именно будетъ изслѣдовать признаки, опредѣляющіе подвѣдомственность крестьянской опеки, и установлять, вѣдѣнію какого учрежденія данная опека подлежитъ? (см. «Замѣчанія на проектъ опекунскаго устава»). Самая организація крестьянской опеки по проекту представляется, мнѣ кажется, (какъ и въ предъидущемъ проектѣ) слишкомъ сложною, сопряженною съ излишними и не ведущими къ цѣли формальностями. Въ завѣдываніи крестьянскими опеками принимаютъ участіе староста, сельскій сходъ, волостной судъ, опекунскій начальникъ и уѣздный или мировой съѣздъ. Такъ, сельскій староста составляетъ опись имуществу несовершеннолѣтняго и принимаетъ мѣры попеченія о личности его (ст. 285 и 286). Сельскій сходъ обсуждаетъ, кому изъ ближайшихъ, благонадежныхъ родственниковъ или свойственниковъ можетъ быть ввѣрена опека, а за неимѣніемъ ихъ, кто изъ домохозяевъ можетъ быть назначенъ опекуномъ (ст. 287 и 288), Волостной судъ утвер-

ждаетъ указанныхъ сельскимъ сходомъ опекуновъ или назначаетъ новыхъ (ст. 290). Для продажи, залога и найма имуществъ опекаемаго требуется разрѣшеніе въ однихъ случаяхъ опекунскаго начальника, въ другихъ—волостнаго суда (ст. 296). Надзоръ за дѣйствіями опекуновъ, полученіе отъ нихъ отчетовъ и право ревизіи принадлежитъ волостному суду (ст. 297—301). Повѣрка дѣйствій какъ опекуновъ, такъ и волостныхъ судовъ по опекамъ, предоставлена опекунскому начальнику; ему же приносятся жалобы на волостной судъ (ст. 302 и 303). Высшій надзоръ за волостнымъ судомъ принадлежитъ съѣзду; ему же приносятся жалобы на постановленія опекунскаго начальника (ст. 302 и 305). Есть, наконецъ, цѣлый рядъ предметовъ, изъятыхъ изъ вѣдѣнія волостныхъ судовъ и возложенныхъ на обязанность опекунскихъ начальниковъ и съѣздовъ (ст. 284). Такой длинный рядъ іерархически устроенныхъ инстанцій, участвующихъ въ завѣдываніи крестьянскою опекою, едва ли въ состояніи будетъ устранить тѣ неправильности и злоупотребленія, на которыя указываютъ составители проекта. Здѣсь невольно вспоминается афоризмъ, высказанный однажды однимъ публицистомъ въ нѣсколько, правда, парадоксальной формѣ: контроль даетъ право на воровство!—Въ опекѣ вообще, а въ особенности крестьянской, важнѣе всего *выборъ* опекуна, вполнѣ соотвѣтствующаго своему призванію и возлагаемымъ на него обязанностямъ, *и личная его отвѣтственность* за неправильныя дѣйствія. Безспорно, что въ крестьянской опекѣ на первомъ планѣ должно стоять близкое знакомство съ экономическимъ и общественнымъ бытомъ крестьянской среды, съ ея потребностями и воззрѣніями на личныя и имущественныя отношенія членовъ семьи, сложившимися, главнымъ образомъ, подъ сильнымъ давленіемъ трудового начала. По дѣйствующему нашему праву на крестьянскія общества возлагается между прочимъ призрѣніе круглыхъ сиротъ и попеченіе о личности и объ имуществѣ малолѣтнихъ сиротъ. Въ назначеніи опекуновъ и попечителей, въ повѣркѣ ихъ дѣйствій и во всѣхъ сего рода дѣлахъ крестьяне руководствуются мѣстными своими обычаями. Назначеніе опекуновъ и попечителей и повѣрка ихъ дѣйствій принадлежитъ вѣдѣнію сельскихъ сходовъ. Если бы въ распоряженіяхъ міра родственники малолѣтняго усмотрѣли что либо, клонящееся къ его ущербу, то они могутъ обращаться къ защитѣ мирового посредника или земскаго начальника. Сему послѣднему принадлежитъ вообще надзоръ за опекунствомъ, учреждаемымъ надъ личностью и имуществомъ малолѣтнихъ сиротъ сельскаго состоянія, и разрѣшеніе жалобъ, приносимыхъ на дѣйствія опекуновъ (Общее положеніе, ст. 21, примѣч.

1, 51 п. 4, 179 п. 6; Полож. о зем. нач., ст. 38). Относительно отчужденія принадлежащихъ малолѣтнимъ крестьянамъ имуществъ постановлены слѣдующія правила: 1) отчужденіе принадлежащихъ малолѣтнимъ крестьянамъ жизненныхъ припасовъ и вещей, подверженныхъ скорому тлѣнію и другимъ тратамъ, разрѣшается сельскимъ сходомъ, приговоръ коего о семъ долженъ быть записанъ въ особую книгу; 2) прочія движимыя, а равно и недвижимыя имущества означенныхъ крестьянъ могутъ быть отчуждаемы и закладываемы только въ случаяхъ, указанныхъ въ общихъ узаконеніяхъ (ст. 277 и 281 X т. 1 ч.), по приговорамъ сельскихъ обществъ, утвержденнымъ губернскимъ присутствіемъ, а въ мѣстностяхъ, въ коихъ не введено въ дѣйствіе полож. о зем. нач., одобреннымъ мѣстнымъ уѣзднымъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ и утвержденнымъ губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ. Такимъ же порядкомъ разрѣшаются и отказы отъ надѣла, слѣдующаго малолѣтнимъ сиротамъ (общ. пол. ст. 51, п. 4, примѣчаніе, по продол. 1890 г.).

Точку зрѣнія нашего законодательства на крестьянскую опеку нельзя не признать раціональною и вполнѣ соотвѣтствующею основнымъ началамъ крестьянскаго самоуправленія.

Міръ находится въ постоянномъ непосредственномъ общеніи съ составляющими его единицами, онъ лучше и вѣрнѣе всякаго другаго внѣ его стоящаго органа власти можетъ узнать и оцѣнить всякую происшедшую въ жизни крестьянской семьи перемѣну въ личномъ ея составѣ и въ экономическомъ ея положеніи. Относительно незначительная территорія, занимаемая сельскимъ обществомъ, простота его быта, примитивность культуры, почти одинаковый уровень развитія всѣхъ его членовъ, однородность интересовъ и потребностей— все это сближаетъ и соединяетъ членовъ общества до такой степени, что мельчайшія подробности изъ жизни каждаго, въ сферѣ правовой и хозяйственной, открыты и извѣстны всему обществу. Сельскому сходу ближе, чѣмъ всякому другому органу крестьянскаго самоуправленія, могутъ быть поэтому извѣстны всѣ случаи, когда открывается необходимость въ призрѣніи сиротъ и въ попеченіи объ ихъ имуществѣ; онъ кромѣ того ближе всѣхъ заинтересованъ въ благосостояніи своего будущаго сочлена и вѣрнѣе всякаго другаго можетъ опредѣлить, кому должны быть ввѣрены непосредственныя заботы о судьбѣ и имуществѣ лица, лишеннаго по тому или другому основанію возможности заботиться о самомъ себѣ. Не слѣдуетъ при этомъ забывать господствующую роль мѣстныхъ обычаевъ въ крестьянской средѣ, силу традицій, проникающихъ во всѣ сферы крестьян-

скаго быта. Составители проекта дѣйствительно признаютъ, что примѣненіе установившихся обычаевъ несомнѣнно весьма важно, когда ими нормируются правовыя отношенія между сочленами сельскихъ обществъ, отношенія, вытекающія изъ условій быта, изъ обязанностей членовъ нести тѣ или другія повинности... По примѣненію къ опекамъ сюда относятся, напримѣръ, опредѣленіе обществомъ, согласно установившимся обычаямъ, кто обязанъ и можетъ быть опекуномъ при существованіи извѣстныхъ условій, кого слѣдуетъ освободить отъ исполненія опекунской обязанности, какъ долженъ быть воспитываемъ сирота, какъ оберегать его имущество и т. п., какимъ путемъ извлекать изъ имущества доходы, какъ пользоваться трудомъ самого малолѣтняго, какимъ порядкомъ учитывать опекуна, вознаграждать его за труды и издержки по опекѣ и т. п. Но безотчетное и безконтрольное распоряженіе имуществомъ сироты, со стороны ли самого сельскаго общества, или со стороны опекуна, не можетъ быть допущено и оправдываемо какимъ либо обычаемъ... (Объяснительная записка, стр. 127). Но если контроль нуженъ, что не подлежитъ никакому сомнѣнію, то его необходимо устроить такъ, чтобы онъ былъ дѣйствительный, фактическій, не на бумагѣ только; чтобы онъ былъ по возможности близокъ къ мѣсту учрежденія опеки и попечительства; чтобы онъ былъ несложенъ, а главное, чтобы лицо, облеченное опекунскою властью, пользовалось довѣріемъ и уваженіемъ со стороны крестьянъ. Впрочемъ, такія качества власти, завѣдующей опекунскою частью, необходимы по отношенію ко *всѣмъ* опекамъ вообще, не только крестьянской. Для того, чтобы эта власть была реальная, активная и отвѣтственная, она должна быть *единоличная*, и что въ особенности важно, лицо, облеченное этою властью, должно по своему служебному положенію пользоваться общественнымъ довѣріемъ. Никто, конечно, не станетъ сомнѣваться въ томъ, что при обширности нашей государственной территоріи, при крайней пестротѣ функціонирующихъ въ настоящее время органовъ судебной власти, а въ особенности при многочисленности крестьянскаго населенія, чрезвычайно трудно организовать опеку такъ, чтобы она представлялась во всѣхъ своихъ частяхъ цѣльнымъ, законченнымъ институтомъ. Трудно найти такой органъ власти, который совмѣщалъ бы въ себѣ всѣ указанныя нами качества, требуемыя для правильнаго и цѣлесообразнаго завѣдыванія опекою всѣхъ слоевъ населенія. Это однако не исключаетъ обязанности законодателя стремиться къ возможной, при данныхъ условіяхъ, простотѣ и единству организаціи опекъ, къ изысканію способовъ устраненія обнаруженныхъ недостат-

ковъ нынѣшняго устройства опекунской части и къ болѣе правильной ея постановкѣ.

Положеніемъ 12 іюля 1889 года введены, какъ извѣстно, уѣздные члены окружнаго суда по одному въ каждомъ уѣздѣ. Это мѣстный органъ судебной власти, дѣйствующей *единолично* (ст. 26 и 27 правилъ объ устройствѣ судебной части). Въ настоящее время въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, во всѣхъ уѣздныхъ городахъ имѣются уѣздные члены окружнаго суда. Они, на сколько извѣстно, и судя по тому кругу ихъ дѣятельности, который очерченъ въ законѣ, не на столько обременены служебными своими занятіями, чтобы на нихъ нельзя было возлагать другія еще обязанности. А въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ означенное положеніе еще не введено, дѣйствуютъ мировые судьи, каждый въ своемъ участкѣ. По моему мнѣнію, всего удобнѣе и правильнѣе было бы возложить завѣдываніе опеками на уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, а тамъ, гдѣ ихъ нѣтъ, на мировыхъ судей. По заключенію редакціонной коммиссіи, составившей проектъ, завѣдываніе опеками уѣздными членами окружнаго суда сопряжено съ слѣдующими неудобствами: уѣздные члены будутъ часто находиться въ разъѣздахъ по цѣлому уѣзду, они лица пришлыя, незнакомыя съ мѣстнымъ населеніемъ, районъ ихъ дѣятельности слишкомъ обширенъ—цѣлый уѣздъ, и, наконецъ, они подчинены окружному суду, и слѣдовательно, сей послѣдній и долженъ былъ бы быть второю инстанціею по опекунскимъ дѣламъ, что́ въ виду обширности судебныхъ округовъ и при отсутствіи въ составѣ судовъ лицъ, хорошо знакомыхъ съ населеніемъ, съ мѣстными условіями и хозяйственными вопросами, представляло бы значительныя невыгоды (см. Объяснительную записку, стр. 46). Мнѣ кажется, что эти перечисленныя неудобства несущественны. Разъѣзды уѣзднаго члена, на сколько извѣстно, весьма рѣдки: ему даже никакихъ суммъ на разъѣзды не полагается (см. расписаніе должностей, между прочимъ, уѣздныхъ членовъ). Въ рѣдкихъ лишь случаяхъ, указанныхъ въ ст. 34 правилъ объ устройствѣ судебной части, а еще рѣже по дѣламъ уголовнымъ, представляется надобность въ разъѣздахъ. Для завѣдыванія опеками нѣтъ необходимости быть кореннымъ мѣстнымъ жителемъ и знакомымъ съ мѣстнымъ населеніемъ. Да и если бы такое знакомство было почему либо полезно, оно можетъ быть пріобрѣтено въ сравнительно короткое время. Если нашли возможнымъ отнести судебныя дѣла, бывшія прежде подсудными кореннымъ, мѣстнымъ жителямъ — мировымъ судьямъ, къ вѣдомству уѣздныхъ членовъ, то нѣтъ основанія изъять

изъ ихъ вѣдѣнія опекунскія дѣла лишь потому, что они люди пришлые. Наконецъ, и городскіе судьи — люди пришлые, однако это не послужило препятствіемъ передать имъ завѣдываніе городскими опеками. Обширность района дѣятельности уѣздныхъ членовъ скорѣе кажущаяся. Дѣло въ томъ, что съ значительнымъ расширеніемъ компетенціи преобразованныхъ волостныхъ судовъ, съ отнесеніемъ главнаго контингента дѣлъ, неподсудныхъ волостнымъ судамъ, къ вѣдѣнію земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, на долю уѣздныхъ членовъ падаетъ весьма незначительный остатокъ дѣлъ бывшей мировой юстиціи. Указанное комиссіею неудобство отъ введенія окружныхъ судовъ въ систему опекунскихъ установленій устраняется нашимъ предположеніемъ ограничиться *одною* только опекунскою инстанціею (см. ниже). Предоставленіе завѣдыванія опеками уѣзднымъ членамъ окружнаго суда имѣетъ слѣдующія преимущества. Совокупность субъективныхъ и объективныхъ условій, требуемыхъ для занятія должности члена окружнаго суда предполагаетъ въ немъ человѣка, достаточно подготовленнаго для судейской дѣятельности, съ достаточнымъ запасомъ знанія и опытности, человѣка самостоятельнаго, независимаго, стоящаго на высотѣ призванія и не поддающагося никакимъ внѣшнимъ постороннимъ вліяніямъ или партійнымъ и сословнымъ предубѣжденіямъ, словомъ, судью въ смыслѣ судебныхъ уставовъ императора Александра II. Можно поэтому безошибочно предсказать, что уѣздный членъ, какъ высшая въ уѣздѣ судебная власть, дѣйствующая единолично, будетъ внушать къ себѣ довѣріе и уваженіе мѣстнаго населенія, что́ столь необходимо въ опекунскихъ дѣлахъ. Кромѣ того, у уѣзднаго члена, какъ я уже упомянулъ, больше свободнаго времени, чѣмъ у земскаго начальника и у городскаго судьи.

На земскихъ начальниковъ возложено закономъ такъ много разнородныхъ обязанностей, что точное ихъ исполненіе требуетъ чрезмѣрнаго труда и необычайныхъ усилій, такъ что главная задача этого новаго института—«попечительство надъ сельскими обывателями съ заботами по завершенію крестьянскаго дѣла и съ обязанностями по охраненію благочинія, общественнаго порядка, безопасности и правъ частныхъ лицъ въ сельскихъ мѣстностяхъ»—едва ли получитъ разрѣшеніе въ близкомъ будущемъ. Кто-то въ Жур. Гр. и Уг. Права (кажется за 1891 г.) сдѣлалъ ариѳметическій разсчетъ «сколько времени потребуется для земскаго начальника, чтобы исполнять лежащую на немъ по положенію работу, и оказалось, что потребуется для этого болѣе 24 часовъ въ сутки!! Въ относительно лучшемъ положеніи городскіе судьи, но и у нихъ едва ли найдется достаточно свобод-

наго времени работать по опекунскимъ дѣламъ. Функціи судьи вообще, какъ извѣстно, весьма сложны, требуютъ крайняго напряженія умственныхъ силъ, усидчиваго труда и осмотрительности, уже не говоря объ основательномъ, постоянномъ изученіи законовъ и близкомъ знакомствѣ съ кассаціонною практикою. Насколько извѣстно, трудъ городскихъ судей весьма немногимъ меньше труда бывшихъ мировыхъ судей, хотя компетенція первыхъ уже компетенціи послѣднихъ, такъ какъ главный контингентъ дѣлъ, какъ прежде, такъ и теперь остался почти тотъ же (ст. 20 и 162 правилъ 29 декабря 1889 г.). Это все дѣла, большинство которыхъ основано на свидѣтельскихъ показаніяхъ, на мѣстныхъ осмотрахъ, и т. под., отнимающихъ не мало времени. Кромѣ того, городскимъ судьямъ назначены гораздо большіе участки, нежели мировымъ судьямъ.

Наконецъ, преимущество нашего предложенія заключается въ томъ, что опекунская власть, какъ въ городахъ, такъ и въ уѣздахъ, будетъ сосредоточена въ однѣхъ рукахъ; отсюда единство системы надзора, отчетности и отвѣтственности. Указывая на уѣздныхъ членовъ, какъ на болѣе соотвѣтствующихъ своему назначенію опекунскихъ судей, я долженъ однако сознаться, что нѣтъ возможности, по крайней мѣрѣ въ настоящее время, свести опекунскія установленія къ одному общему для всего населенія типу. Это происходитъ, какъ указано выше, отъ обширности нашей государственной территоріи, пестроты и разнообразія органовъ судебной власти, а главное отъ преобладающаго у насъ крестьянскаго населенія. Не можетъ быть поэтому строгаго органическаго единства въ системѣ опекунскихъ учрежденій [1]) По основаніямъ, мною уже изложеннымъ, организація опеки для сельскихъ обывателей должна быть нѣсколько иная, чѣмъ для остального населенія. Но такое отступленіе отъ принципа всесословности опеки должно быть ограничено только тѣми крестьянами, центръ дѣятельности или совокупность имущественныхъ интересовъ которыхъ находится *внѣ* городскихъ поселеній. Опека же надъ остальными крестьянами (они впрочемъ составляютъ меньшинство) должна подлежать вѣдѣнію уѣздныхъ членовъ окружнаго суда. Общая же организація крестьянской *сельской* опеки должна быть, по моему мнѣнію, слѣдующая. Опредѣленіе того, въ какихъ случаяхъ учреждается опека или попечительство, самое учрежденіе таковыхъ и

---

[1]) Такое единство станетъ возможнымъ, когда вездѣ, какъ повидимому предполагается, учреждены будутъ мѣстные, близкіе къ населенію, участковые судьи опредѣленнаго типа.



назначеніе опекуновъ и попечителей должны быть предоставлены мѣстному сельскому сходу. Ближайшій надзоръ и контроль надъ дѣятельностью опекуновъ, повѣрка ихъ дѣйствій, отчетности и вообще разрѣшеніе дѣйствій опекуна по такимъ предметамъ, которые по важности своей требуютъ разрѣшенія, утвержденія или одобренія опекунской власти, должны принадлежать уѣздному члену окр. суда или мировому судьѣ. Жалобы на него приносятся по принадлежности окружному суду или мировому съѣзду.

Необходимо при этомъ замѣтить, что по отзывамъ лицъ, изслѣдовавшихъ крестьянскую опеку, она учреждается относительно рѣдко. Обыкновенно опека назначается только надъ круглыми сиротами. По большей части опека не учреждается, если у сироты есть способный къ веденію хозяйства дѣдъ, дядя, братъ, отчимъ или другой родственникъ, или даже посторонній, съ которымъ отецъ сироты жилъ въ одной семьѣ. Опредѣленіе обязанностей опекуновъ у крестьянъ не можетъ быть содержаніемъ *права* въ строгомъ смыслѣ. Крестьянская опека представляетъ нѣчто среднее между опекою и призрѣніемъ съ преобладаніемъ нравственнаго элемента надъ юридическимъ; нерѣдко самое слово «опекунъ» замѣняется словомъ «призритель». По мнѣнію покойнаго сенатора Калачова, внести въ крестьянское общество начало опеки въ юридическомъ значеніи слова, значитъ разрушить во многихъ случаяхъ безкорыстное призрѣніе, оказываемое сиротамъ вслѣдствіе глубоко укорененнаго обычая и внести сюда злоупотребленія, которыя неразрывно соединены съ опеками дворянскими и сиротскими судами, ибо по собственному желанію крестьяне будутъ неохотно принимать на себя обязанности и отвѣтственность опекуновъ (см. А. Танцовъ, «Попеченіе о неправоспособныхъ крестьянахъ» въ Сборникѣ правовѣдѣнія и общественныхъ знаній, т. V, стр. 212, 215 и 223).

Нельзя согласиться съ редакціонною коммиссіею, распредѣляющею завѣдываніе опеками и попечительствами между *двумя* учрежденіями, или вѣрнѣе, установляющею для нихъ *двѣ* инстанціи. По ст. 3 проекта опеки и попечительства вѣдаются: а) въ округахъ судебно-мировыхъ съѣздами мировыхъ судей; б) въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ—уѣздными съѣздами въ судебномъ ихъ присутствіи. Ближайшее наблюденіе за опеками и попечительствами принадлежитъ опекунскимъ начальникамъ, каждому въ предѣлахъ его вѣдомства: участковымъ мировымъ судьямъ, а гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, симъ послѣднимъ, въ городахъ городскимъ судьямъ. По ст. 4 того же проекта опека и попечитель-

ство надъ сельскими обывателями, живущими внѣ городскихъ поселеній, подлежатъ вѣдомству волостныхъ судовъ. Замѣтимъ, что редакція ст. 3 и 4 не совсѣмъ ясна: можно думать, что опекунская часть предоставлена *исключительно* вѣдѣнію мирового или уѣзднаго съѣзда, а относительно крестьянъ—вѣдѣнію волостныхъ судовъ (выраженіе «ближайшее наблюденіе... принадлежитъ» не тождественно съ выраженіемъ «опеки и попечительства вѣдаются...»), а между тѣмъ изъ дальнѣйшаго изложенія постановленій проекта и изъ объяснительной къ нему записки (стр. 50) несомнѣнно явствуетъ, что опека и попечительство подлежатъ вѣдомству *двухъ* инстанцій: опекунскаго начальника и съѣзда, а относительно крестьянъ—даже трехъ инстанцій (волостной судъ, опекунскій начальникъ и съѣздъ). По моему мнѣнію, завѣдываніе опекунскою частью должно быть сосредоточено *въ одной* только инстанціи, у единоличнаго опекунскаго судьи. Въ дѣйствительной жизни во всѣхъ почти опекахъ и попечительствахъ превалируетъ экономическая, хозяйственная сторона. Непосредственнымъ управителемъ и распорядителемъ въ опекунскомъ дѣлѣ является опекунъ. По отношенію къ имуществу опекаемаго онъ является «domini loco», «vice domini». Функціи опекунскаго надзора или верховной опеки (Obervormundschaft), какъ органа государственной власти, должны заключаться, по общему правилу, въ назначеніи, утвержденіи и увольненіи опекуна, въ наблюденіи за его дѣятельностью, разсмотрѣніи и повѣркѣ получаемыхъ отъ опекуна періодически отчетовъ, въ охранѣ личныхъ и имущественныхъ интересовъ опекаемаго и въ предварительномъ разрѣшеніи дѣйствій опекуна по предметамъ наибольшей важности, положительно указаннымъ въ законѣ. Этотъ надзоръ и слѣдуетъ сосредоточить исключительно въ одной *единоличной власти* — опекунскомъ судьѣ. Такая система принята и прусскимъ опекунскимъ уставомъ 1875 г. Составители этого устава справедливо указывали на то, что для осуществленія судебною властью высшаго опекунскаго надзора не требуется коллегіи. При коллегіальномъ составѣ, постановленія по большинству голосовъ неблагопріятно отражаются на единствѣ въ дѣйствіяхъ опекунскаго установленія. Большею частью коллегія оказывается только призракомъ, такъ какъ члены коллегіи полагаются на докладчика и принимаютъ его мнѣніе. Вслѣдствіе значительнаго обремененія дѣлами, члены судебныхъ коллегій не имѣютъ и возможности лично изучать каждое дѣло, а при этомъ условіи возложеніе отвѣтственности на всю коллегію несправедливо... Коллегіальное обсужденіе нужно для спорныхъ вопросовъ или тамъ, гдѣ требуется трудный юридическій анализъ.

Для опекунскихъ дѣлъ, по ихъ свойству, достаточно единоличнаго суда, какъ это и было во многихъ мѣстностяхъ Германіи, не вызывая неудовольствія. Единоличный судья въ опекунскихъ дѣлахъ представляетъ слѣдующія существенныя преимущества передъ коллегіею: единство въ веденіи дѣлъ, быстрота дѣйствій, сосредоточеніе отвѣтственности, меньшій объемъ округа, обусловливающій лучшее знакомство съ мѣстными отношеніями. Охраненіемъ противъ одностороннихъ и неправильныхъ распоряженій единоличнаго судьи служитъ жалоба въ коллегіальную инстанцію (см. прусскіе законы объ опекѣ... изд. ред. ком. по сост. гражд. ул., стр. 9 и 10). Каждому судебному дѣятелю хорошо извѣстно, что надзоръ коллегіальнаго учрежденія ex officio и такъ называемый ревизіонный порядокъ имѣетъ одно лишь призрачное значеніе: коллегія лишена иниціативы, къ ней не примѣнима, строго говоря, личная отвѣтственность; она, наконецъ, по природѣ своей лишена той энергіи, которая требуется для реальнаго надзора и контроля и которая присуща единоличному и отвѣтственному органу власти. Это въ особенности относится къ нашей судебной и судебно-административной коллегіи (мировой и уѣздный съѣздъ), обремененной массою труда и исполненіемъ разнообразнѣйшихъ обязанностей, не соотвѣтствующихъ ея наличнымъ силамъ (уже теперь, насколько извѣстно, замѣчается громадное накопленіе дѣлъ въ уѣздныхъ съѣздахъ). Сказанное приводитъ къ тому, что и волостные суды, какъ учрежденія коллегіальныя, должны быть исключены изъ *системы* опекунскаго управленія и замѣнены единоличною властью — уѣзднымъ членомъ или мир. судьею. Предлагая *одну* единоличную опекунскую власть для всѣхъ сословій, я допускаю относительно крестьянскихъ опекъ, учреждаемыхъ *внѣ городскою поселенія*, участіе мѣстнаго сельскаго общества, въ виду отличительныхъ чертъ и особенностей крестьянскаго быта, на которыя я уже указывалъ.

Это участіе заключается въ учрежденіи сельскимъ сходомъ опеки и попечительства, избраніи и опредѣленіи опнкуновъ и попечителей и составленіи избранными сходомъ уполномоченными въ присутствіи назначенныхъ опекуновъ описи опекаемому имуществу. Самая же дѣятельность опекуновъ и попечителей должна находиться подъ ближайшимъ наблюденіемъ и контролемъ опекунскаго судьи, при чемъ послѣдній въ сомнительныхъ случаяхъ, связанныхъ съ знаніемъ мѣстныхъ обычаевъ и хозяйственныхъ нуждъ крестьянъ, выслушиваетъ мнѣніе родственниковъ опекаемаго или заслуживающихъ довѣрія крестьянъ. Относительно же крестьянскихъ имуществъ, находящихся въ городскихъ поселеніяхъ (я разумѣю тѣ немногіе, правда, случаи,

когда центръ хозяйственной дѣятельности крестьянъ находится въ городѣ, а не въ селѣ), долженъ примѣняться общій порядокъ учрежденія опекъ и завѣдыванія ими, безъ всякаго участія сельскихъ обществъ.

Опекунскій судья (уѣздный членъ окружнаго суда или мировой судья) разсматриваетъ также всякаго рода жалобы на опекуна, подаваемыя родственниками подопечнаго и симъ послѣднимъ, по достиженіи 17 лѣтъ; онъ можетъ подвергать опекуновъ денежнымъ дисциплинарнымъ взысканіямъ, отрѣшать ихъ отъ должности и замѣнять ихъ другими опекунами, потребовать отдачи цѣннаго имущества на храненіе въ кредитныя установленія; онъ повѣряетъ отчеты опекуновъ и фактическое положеніе опекаемаго имущества и т. д. Жалобы на опекунскаго судью приносятся въ мѣсячный срокъ: на уѣзнаго члена окружнаго суда — сему послѣднему, т. е. окружному суду, на мирового судью—мировому съѣзду. Но окружный судъ и мировой съѣздъ не принимаютъ ex officio никакого участія въ завѣдываніи опеками и попечительствами. Здѣсь же кстати будетъ замѣтить, что, становясь даже на точку зрѣнія проекта, установляющаго двѣ опекунскихъ инстанціи, представляется однако излишнимъ присутствіе въ засѣданіяхъ съѣздовъ особыхъ выборныхъ лицъ городского и дворянскаго сословій и земствъ. По ст. 5 проекта, въ засѣданіяхъ по опекунскимъ дѣламъ въ съѣздахъ, кромѣ постоянныхъ членовъ, присутствуютъ: одно лицо по избранію городской думы, а другое по избранію уѣзднаго земскаго собранія и, сверхъ того, въ засѣданіяхъ съѣзда мировыхъ судей уѣздный предводитель дворянства или особо избранное дворянскимъ собраніемъ лицо. По мнѣнію составителей проекта, такое восполненіе состава съѣздовъ весьма важно въ томъ отношеніи, чтобы въ обсужденіи дѣлъ опекунскихъ принимали участіе лица, близко знакомыя съ экономическими условіями той среды, къ которой принадлежитъ опекаемый, съ хозяйствомъ извѣстной мѣстности, съ имущественнымъ положеніемъ лицъ, призываемыхъ въ опекуны, съ качествами и способностями этихъ лицъ для воспитанія опекаемыхъ, согласно съ ихъ имуществомъ и общественнымъ положеніемъ (объяснительная записка, стр. 152). Я уже въ другомъ мѣстѣ указывалъ на это отступленіе отъ начала всесословности опекунской организаціи. Если съѣзду (уѣздному и мировому), въ качествѣ апелляціонной инстанціи по судебнымъ дѣламъ, ввѣряются имущественные интересы всѣхъ сословій, а также честь и свобода частныхъ лицъ, то представляется вполнѣ возможнымъ довѣрить тому же съѣзду разрѣшеніе опекунскихъ дѣлъ безъ всякаго участія особо для сего

избираемыхъ сословныхъ представителей. Съ моей же точки зрѣнія такое участіе безцѣльно, такъ какъ завѣдываніе опекою будетъ находиться исключительно въ рукахъ единоличныхъ опекунскихъ судей, а судъ или съѣзды будутъ разсматривать опекунскія дѣла только въ случаѣ принесенія жалобы на опекунскаго судью (см. «замѣчанія на проектъ опек. уст.).

По ст. 13 проекта на постановленія съѣздовъ приносятся въ мѣсячный срокъ частныя жалобы въ гражданскій кассаціонный департаментъ правительствующаго сената или въ губернское присутствіе по принадлежности. Не подлежитъ сомнѣнію, что проектъ имѣетъ въ виду установить для опекунскихъ дѣлъ такую же кассаціонную инстанцію, какъ и для судебныхъ дѣлъ (это, впрочемъ, подтверждается мотивами къ ст. 13 на стр. 157 объяснительной записки).

Такимъ образомъ, съѣзды (а по моему предположенію и окружные суды) будутъ разсматривать опекунскія дѣла въ апелляціонномъ порядкѣ, а сенатъ или губернское присутствіе—въ кассаціонномъ. Распредѣленіе кассаціонныхъ функцій между двумя совершенно разнородными во всѣхъ отношаніяхъ учрежденіями вызвано, безъ сомнѣнія, судебно-административною реформою 12 іюля 1889 года, создавшею для каждой губерніи особую кассаціонную инстанцію — губернское присутствіе. Дефекты этого послѣдняго уже отмѣчены были въ нашей общей и юридической литературѣ, и нѣтъ поэтому надобности возвращаться къ нимъ. Преобразуя опекунскую часть одинаково для всѣхъ сословій, приведя въ цѣльную, единую систему всю совокупность правилъ, нормирующихъ институты опекъ и попечительствъ, необходимо, по моему убѣжденію, заботиться о томъ, чтобы правила эти были истолковываемы, понимаемы и примѣняемы всѣми опекунскими установленіями согласно съ ихъ дѣйствительнымъ смысломъ и съ лежащими въ ихъ основѣ намѣреніями законодателя. Всякій новый законодательный актъ, какъ бы обширенъ и детaленъ ни былъ, никогда не въ состояніи достигнуть такой полноты и ясности, которыя исключали бы всякія сомнѣнія по тому или другому предмету, трактуемому новымъ закономъ. Нѣтъ никакой возможности, да и нѣтъ надобности, нормировать всевозможныя жизненныя явленія въ той или другой области права. Законодатель фиксируетъ главнымъ образомъ типичныя явленія, ставитъ для нихъ принципы, указываетъ общіе способы разрѣшенія того или другого вопроса... Самое же приложеніе отвлеченныхъ формулъ закона къ дѣйствительной жизни, къ отдѣльнымъ конкретнымъ фактамъ уже зависитъ отъ искусства и умѣлости тѣхъ лицъ и учрежденій, которыя призваны примѣнять законъ.

Съ этой точки зрѣнія для достиженія единообразнаго и притомъ правильнаго примѣненія новыхъ законовъ объ опекѣ и попечительствѣ и въ видахъ дѣйствительной гарантіи личныхъ и имущественныхъ правъ подопечныхъ, мнѣ казалось бы необходимымъ отнести кассаціонныя функціи по опекунскимъ дѣламъ къ вѣдѣнію исключительно правительствующаго сената, какъ верховнаго въ государствѣ судилища, которое и учреждено для того именно, чтобы наблюдать за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами. Дѣятельность губернскихъ присутствій въ качествѣ кассаціонныхъ инстанцій, при всей скудости проникающихъ въ печать свѣдѣній, отчасти уже отмѣчена въ нашей періодической печати съ отрицательной стороны. Да иначе и быть не можетъ, если принять въ соображеніе отсутствіе въ нихъ гласности и публичности, смѣшанность ихъ состава и ограниченіе до minimum'а участія въ нихъ чисто судебнаго юридическаго элемента. Эти обстоятельства должны были быть приняты во вниманіе въ особенности по отношенію къ проектируемому законодательству объ опекахъ и попечительствахъ, которое потребуетъ много знаній и судейской опытности при разрѣшеніи того или другого вопроса, а главное, единства въ направленіи и въ основныхъ взглядахъ. Допускать принесеніе жалобъ на постановленія съѣздовъ по опекунскимъ дѣламъ въ губернскія присутствія, а не въ сенатъ, значило бы создавать столько же различныхъ толкованій объ одномъ и томъ же законѣ, сколько есть губернскихъ присутствій, а это поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя будетъ разсчитывать на силу закона, на его неприкосновенность. Кромѣ того, отъ раздробленія кассаціонныхъ функцій между сенатомъ и губернскими присутствіями, которыя, замѣтимъ, могутъ игнорировать сенатскую кассаціонную практику, произойдетъ диссонансъ и нежелательное раздвоеніе въ надзорѣ по опекунской части: мировые съѣзды (и окружные суды) будутъ функціонировать согласно съ указаніями и руководящими положеніями сената, уѣздные же съѣзды и губернскія присутствія могутъ и будутъ вѣроятно дѣйствовать несогласно съ этими положеніями (см. ниже подробнѣе—«Двойная кассація»). Суммируя все сказанное мною по отношенію къ организаціи опекунскихъ установленій, я нахожу, что опекунская часть для всѣхъ сословій должна состоять въ вѣдѣніи одной и при томъ единоличной инстанціи—опекунскаго судьи (уѣздный членъ окружнаго суда или мировой судья; опека надъ крестьянами, живущими внѣ города, учреждается сельскимъ сходомъ); что жалобы на опекунскаго судью подаются въ

окружный судъ или мировой съѣздъ по принадлежности, а жалобы на судъ или съѣздъ—въ гражданскій кассаціонный департаментъ правительствующаго сената.

III.

Перехожу къ разсмотрѣнію частностей проекта, при чемъ буду держаться той же системы и того же порядка, въ которомъ расположены статьи проекта. Замѣчанія мои будутъ касаться, какъ существа постановленій, такъ и ихъ редакціи.

А) *По первому раздѣлу проекта*. Согласно предложенной мною организаціи опекъ, ст. 2 и 3 проекта замѣняются постановленіемъ, что «опеки и попечительства состоятъ въ завѣдываніи опекунскихъ судей, въ предѣлахъ вѣдомства каждаго изъ нихъ: уѣздныхъ членовъ окружнаго суда, а тамъ, гдѣ не введено положеніе о земскихъ начальникахъ, участковыхъ мировыхъ судей». Постановленіе ст. 4 относительно крестьянскихъ опекъ замѣняется правиломъ, что «опеки и попечительства надъ крестьянами, имѣющими осѣдлость внѣ городскихъ поселеній, учреждаются сельскимъ сходомъ и состоятъ подъ контролемъ и надзоромъ указанныхъ въ ст. 2—3 опекунскихъ судей. Опеки и попечительства надъ крестьянами, имѣющими осѣдлость въ городскихъ поселеніяхъ, вѣдаются тѣми же опекунскими судьями».

Относительно ст. 3 проекта (если она не будетъ измѣнена), постановляющей, что тамъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, ближайшее наблюденіе за опеками и попечительствами принадлежитъ въ городахъ городскимъ судьямъ, слѣдуетъ замѣтить, что есть много городовъ, которые вошли въ составъ земскихъ участковъ; въ такихъ городахъ, очевидно, опеки и попечительства должны будутъ состоять подъ ближайшимъ наблюденіемъ земскихъ начальниковъ. Слѣдовало бы поэтому оговорить: «въ городахъ, гдѣ состоятъ городскіе судьи,—симъ послѣднимъ». По ст. 4 проекта «опеки и попечительства надъ сельскими обывателями, живущими внѣ городскихъ поселеній, подлежатъ вѣдомству волостныхъ судовъ...» Отсюда слѣдуетъ, что компетенція опекунскаго установленія опредѣляется мѣстомъ жительства опекаемыхъ, а между тѣмъ по ст. 58 проекта опека къ несовершеннолѣтнему учреждается по мѣстожительству родителя, послѣ котораго встрѣчается надобность въ учрежденіи опеки. Чѣмъ вызвано такое различіе, неизвѣстно. А если сельскій обыватель самъ живетъ въ городскомъ поселеніи, а его имущество, какъ надѣльное, такъ и внѣнадѣльное, находится въ селѣ? По смыслу ст. 4 (въ концѣ) въ

этомъ случаѣ опека поступаетъ въ вѣдѣніе опекунскаго начальника, а не волостнаго суда. Но едва ли удобно будетъ городскому судьѣ простирать свой опекунскій надзоръ на крестьянское имущество, состоящее внѣ города. Относительно постановленія ст. 5 проекта объ участіи въ засѣданіяхъ съѣзда сословныхъ представителей я уже выше замѣтилъ, что считаю такое участіе лишнимъ и несогласнымъ съ принципомъ всесословности.

Составители проекта отступаютъ отъ начала публичности: по ст. 7 засѣданія опекунскихъ установленій происходятъ при закрытыхъ дверяхъ, за исключеніемъ того случая, когда опекунское установленіе разсматриваетъ жалобу на опекунскаго начальника. По моему мнѣнію, всякаго рода опекунскія дѣла должны разсматриваться публично: какъ опекунскіе суды, такъ и съѣзды, составляющіе, по проекту, вторую высшую инстанцію по опекунскимъ дѣламъ, суть установленія *судебныя*, и какъ таковыя, они должны функціонировать открыто и гласно, въ видахъ большей гарантіи и лучшаго огражденія интересовъ малолѣтнихъ. Не слѣдуетъ отступать отъ широкаго примѣненія гласности, допускаемой какъ судебными уставами, такъ и правилами 29 декабря 1889 г.,—единственно потому, что опекунскія дѣла «по свойству своему, требуютъ обсужденія мѣръ распорядительныхъ и что въ нихъ не участвуютъ двѣ стороны съ противоположными интересами» (см. объясненія подъ ст. 7 проекта). Вѣдь и въ такъ называемыхъ дѣлахъ охранительнаго судопроизводства не участвуютъ двѣ стороны, а они тѣмъ не менѣе разсматриваются публично. По ст. 12 проекта (напечатаннаго отдѣльно отъ объяснительной записки) жалобы на опекунскаго начальника приносятся въ съѣздъ въ мѣсячный срокъ *со дня объявленія постановленія...*, а по той же статьѣ проекта (напечатаннаго вмѣстѣ съ объяснительною записко) «*со дня постановленія опредѣленія*», что, очевидно, не одно и то же. Правильнѣе первая редакція, такъ какъ день постановленія можетъ не совпадать съ днемъ объявленія постановленія.

На постановленія съѣздовъ приносятся, въ мѣсячный срокъ, *частныя жалобы*... (Стат. 13). Вѣрнѣе было бы сказать «просьбы объ отмѣнѣ постановленій съѣздовъ приносятся...», такъ какъ по смыслу ст. 13, какъ видно изъ объясненія подъ этою статьею, подъ частными жалобами составители проекта разумѣютъ «кассаціонныя». Это совершенно согласно съ уст. гр. суд., по которому кассаціонныя жалобы допускаются и по дѣламъ, производящимся въ охранительномъ порядкѣ (ст. 1421 и 1446). Терминъ же «частныя жалобы» не вполнѣ выражаетъ понятіе: постановленія съѣзда могутъ разрѣшать опекун-

скія дѣла по *существу*, а не только по какому либо частному вопросу. По проекту однѣ жалобы приносятся губернскому присутствію, а другія сенату. Я уже выше указалъ, что было бы цѣлесообразнѣе приносить *всѣ* жалобы сенату. Ст. 14 требуетъ приложенія копіи жалобы, подаваемой въ *съѣздъ*, если она касается чьихъ либо правъ. По моему мнѣнію, слѣдовало бы требовать копіи и для *кассаціонныхъ* жалобъ, касающихся чьихъ либо правъ. Поэтому слово «съѣздъ» слѣдуетъ исключить.

Согласно ст. 15 «подача жалобы не останавливаетъ приведенія постановленія опекунскаго начальника въ исполненіе, но опекунскій начальникъ можетъ пріостановить исполненіе своего постановленія на мѣсяцъ, а въ случаѣ поступленія жалобы въ этотъ срокъ — отсрочить исполненіе постановленія до разрѣшенія жалобы...» Я бы предложилъ такую редакцію: подача жалобы не останавливаетъ приведенія постановленія опекунскаго начальника въ исполненіе; но онъ можетъ пріостановить или отсрочить исполненіе своего постановленія на мѣсяцъ, а въ случаѣ поступленія жалобы въ этотъ срокъ — до разрѣшенія жалобы».

Б) *По второму раздѣлу проекта*. Ст. 21 постановляетъ, что по сдѣлкѣ о наймѣ несовершеннолѣтняго, совершенной имъ самимъ, или съ его согласія, его законнымъ представителемъ, этотъ послѣдній въ правѣ потребовать, чтобы наемная плата выдавалась нанимателемъ ему, а не самому несовершеннолѣтнему. Статья эта могла бы быть изложена такъ: «по сдѣлкамъ о наймѣ несовершеннолѣтняго, законный представитель его въ правѣ потребовать»...

Проектъ предоставляетъ нѣкоторыя права несовершеннолѣтнимъ, достигшимъ 17 лѣтъ или состоящимъ въ бракѣ или *живущимъ отдѣльно отъ родителей или отъ опекуновъ* (ст. 22), предполагая въ послѣднемъ случаѣ нѣкоторую самостоятельность несовѣршеннолѣтняго и необходимость въ безотлагательныхъ расходахъ. Статья же 23, постановляя о предоставленіи родителемъ или опекуномъ несовершеннолѣтнему, достигшему 17 лѣтъ или вступившему въ бракъ, получать самому доходы съ имущества, проценты и проч., не упоминаетъ о несовершеннолѣтнихъ, хотя и не достигшихъ 17 лѣтъ, но живущихъ отдѣльно. Нѣтъ, мнѣ кажется, основанія не предоставлять и симъ послѣднимъ, по крайней мѣрѣ, права получать часть дохода съ имущества.

Установляя одинъ возрастъ несовершеннолѣтія (21 г.), проектъ вмѣстѣ съ тѣмъ расширяетъ правоспособность несовершеннолѣтнихъ, достигшихъ 17 лѣтъ или вступившихъ въ бракъ. Расширеніе это

зависитъ въ однихъ случаяхъ отъ родителя или отъ опекуна (ст. 20 и 23), въ другихъ—отъ опекунскаго начальника (ст. 25 и 26). Такъ, предоставленіе несовершеннолѣтнему управленія имѣніями и производства торговли, ремесла или инаго промысла—зависитъ отъ опекунскаго начальника, вслѣдствіе ходатайства о томъ опекуна (тамъ же). Такимъ образомъ, иниціатива въ расширеніи правоспособности подопечнаго принадлежитъ опекуну. Но возможно, что послѣдній по тѣмъ или другимъ побужденіямъ, между прочимъ, въ своихъ личныхъ интересахъ, не будетъ ходатайствовать о расширеніи правъ, подопечнаго, несмотря на то, что несовершеннолѣтній по своему умственному и нравственному развитію могъ бы пользоваться извѣстною самостоятельностью. Слѣдовало бы, по моему мнѣнію, предоставить и самому подопечному ходатайствовать о предоставленіи ему правъ, указанныхъ въ ст. 23 и 25, т. е. получать самому въ личное распоряженіе доходы съ имущества и управлять имѣніями, а въ случаѣ отказа приносить жалобу.

Постановленіе 32 ст. о томъ, что «родитель или опекунъ помогаетъ несовѣршеннолѣтнему совѣтами и предостерегаетъ его отъ убытка» не имѣетъ характера юридической нормы и потому могло бы быть исключено изъ проекта.

Ст. 47 касается дискреціонной власти родителей. Она постановляетъ, что, при безуспѣшности домашнихъ мѣръ исправленія отецъ можетъ, съ разрѣшенія опекунскаго начальника, помѣстить несовершеннолѣтняго на свой счетъ въ одинъ изъ исправительныхъ пріютовъ. Если несовершеннолѣтній, ведущій порочную жизнь, не можетъ быть принятъ въ пріютъ, то опекунскій начальникъ, по просьбѣ отца, можетъ постановить о заключеніи несовершеннолѣтняго въ тюрьму на срокъ не свыше четырехъ мѣсяцевъ.

Лучше было бы вовсе не касаться карательной власти родителей надъ дѣтьми. Вопросъ этотъ весьма сложный, въ особенности у насъ при поразительно слабомъ распространеніи цивилизующихъ началъ, при низкомъ уровнѣ развитія и грубости нравовъ большей части населенія и при склонности родителей требовать отъ дѣтей слѣпаго, рабскаго подчиненія. Нельзя не считаться съ новымъ современнымъ теченіемъ въ законодательствахъ цивилизованныхъ странъ Запада, совершенно противоположнымъ господствовавшему прежде направленію по вопросу о родительской власти (см. ниже). Чудовищныя и уродливыя проявленія этой всепоглощающей власти, въ особенности въ низшихъ слояхъ общества, посягательства на естественныя, прирожденныя права личности дѣтей, на ихъ жизнь, честь и свободу, должны

были остановить на себѣ вниманіе гуманистовъ и послужить основаніемъ къ изысканію мѣръ, ограждающихъ личность дѣтей отъ неограниченнаго произвола родительской власти. Съ изданіемъ судебныхъ уставовъ въ наше законодательство проникъ тотъ великій принципъ, въ силу котораго никто не можетъ быть наказанъ, а тѣмъ болѣе лишенъ свободы *безъ суда*, по произволу частнаго лица, или административнымъ порядкомъ. Очевидно, что проектируемый опекунскій начальникъ не можетъ замѣнить *судебную власть*, и участіе его не представляетъ тѣхъ гарантій, которыя присущи судебному разбирательству. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ опекунскій начальникъ будетъ дѣйствовать въ унисонъ съ желаніемъ отца, не находя удобнымъ подвергать повѣркѣ и оцѣнкѣ семейныя отношенія и предпочитая поддержать престижъ отцовскаго авторитета. Нѣтъ, по моему мнѣнію, достаточнаго основанія изъять изъ юрисдикціи суда болѣе или менѣе серьезныя столкновенія родителей съ дѣтьми. Коль скоро обвинителемъ является отецъ, то на немъ лежитъ обязанность доказать основательность обвиненія; обвиняемому же должны быть предоставлены всѣ гарантіи состязательнаго процесса. Трудно согласиться съ мнѣніемъ редакціонной коммиссіи, что «судебное разбирательство жалобъ родителей на дѣтей не только не способствуетъ укрѣпленію родительской власти, а скорѣе ведетъ къ ея уменьшенію и служитъ нравственнымъ соблазномъ» (объяснительная записка, стр. 208). Одно изъ двухъ: если послѣдуетъ обвинительный вердиктъ, то тѣмъ самымъ родительскій авторитетъ будетъ поддержанъ и поднятъ въ глазахъ дѣтей, которыя въ этомъ вердиктѣ усмотрятъ свою неправоту; оправдательный же приговоръ, нисколько не колебля родительской власти вообще, укажетъ лишь на то, что въ данномъ случаѣ обвиненіе было возведено неосновательно. Новое законодательство, если желаетъ формулировать и опредѣлить точнѣе объемъ родительскихъ правъ, должно скорѣе стать на сторону дѣтей, какъ болѣе слабыхъ, зависимыхъ и подчиненныхъ существъ. Предоставляя отцу, по примѣру дѣйствующаго законодательства, употреблять для исправленія дѣтей домашнія исправительныя мѣры, проектъ широко раскрываетъ двери отцовскому самосуду. Эти исправительныя мѣры доходятъ нерѣдко, какъ показываетъ судебная хроника, до истязанія дѣтей и до жестокаго безчеловѣчнаго обращенія съ ними. Новый законъ не долженъ, по моему мнѣнію, санкціонировать то, что могло быть умѣстно и своевременно прежде, въ эпоху уложенія царя Алексѣя Михайловича и императрицы Екатерины II. Цѣлесообразнѣе было бы вовсе не упоминать въ законѣ о *домашнихъ мѣрахъ исправленія*

(перечислять, въ чемъ именно эти мѣры могутъ заключаться, нѣтъ возможности), а ограничиться только общимъ положеніемъ, что за упорное неповиновеніе родительской власти, развратную жизнь и другіе явные пороки несовершеннолѣтнихъ отецъ можетъ приносить на нихъ жалобу въ судебныя установленія (ср. 2 п. ст. 165, X, 1 ч.).

Ст. 48 постановляетъ объ ограниченіи или лишеніи родительской власти. «При явномъ небреженіи о воспитаніи несовершеннолѣтнихъ дѣтей или жестокомъ съ ними обращеніи отца, а равно въ случаѣ порочнаго его поведенія, могущаго имѣть пагубное вліяніе на нравственность или здоровье дѣтей, опекунскій начальникъ, съ разрѣшенія съѣзда, можетъ сдѣлать отцу, при закрытыхъ дверяхъ, внушеніе, помѣстить дѣтей на счетъ отца въ какое либо семейство, въ учебное заведеніе или въ пріютъ, передать опеку матери и даже назначить къ дѣтямъ опекуна, если предоставленіе опеки матери недостаточно ограждаетъ дѣтей отъ вреднаго вліянія на нихъ отца». Едва ли удобно предоставить единоличной власти опекунскаго начальника ограничить родительскую власть или лишить отца или мать одного изъ важнѣйшихъ семейныхъ гражданскихъ правъ. Сюда долженъ имѣть примѣненіе общій принципъ, что никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ (ст. 574 X т. 1 ч.). Необходимо, чтобы путемъ *судебнаго разбирательства* установлена была наличность тѣхъ предусмотрѣнныхъ въ законѣ условій, которыя служатъ достаточнымъ основаніемъ къ ограниченію или отмѣнѣ родительской власти (ср. статью г. *Шершеневича* въ Ж. Гр. и У. Пр. 1892 года, май, «Новый проектъ устава объ опекахъ и попечительствахъ», стр. 41 и 42). Институтъ родительской власти есть не только *право*, установленное въ интересахъ обоихъ родителей (какъ это было въ Римѣ), но онъ содержитъ въ себѣ и комплексъ *обязанностей* по отношенію къ дѣтямъ, нуждающимся въ покровительствѣ и охранѣ. И наши законы различаютъ въ этомъ институтѣ права и обязанности (т. X, ч. 1, глава 2 о власти родительской: 1) права родителей; 2) обязанности родителей; ст. 164 и 172). Послѣдствіемъ неисполненія или нарушенія этихъ обязанностей можетъ быть, — смотря по степени нарушенія или вины, причиненнаго или угрожающаго вреда, — ограниченіе или лишеніе родительской власти, т. е. изъятіе дѣтей изъ-подъ надзора отца или матери. Въ Германіи, не смотря на господство римскаго права, многія партикулярныя законодательства и, слѣдуя за ними, проектъ общегерманскаго гражданскаго уложенія рѣшительно отказываются смотрѣть на родительскую власть

даже, какъ на *право* отца, существующее въ интересахъ послѣдняго. «Слѣдуя за ходомъ развитія права,—говорятъ составители проекта,— проектъ строитъ родительскую власть на единой основѣ, принимая исходнымъ пунктомъ естественную *потребность дѣтей въ защитѣ*. Согласно съ этимъ, онъ разсматриваетъ эту власть въ ея существенныхъ основаніяхъ, какъ *опекунскую* въ современномъ смыслѣ этого выраженія, т. е., какъ *институтъ, существующій въ интересахъ дѣтей* и налагающій на родителей (прежде всего) обязанность и затѣмъ право заботиться о личности и имуществѣ этихъ дѣтей» (См. «Русскія Вѣдомости» за 1895 г., № 292). Французскій законъ 24 іюля 1889 года о лишеніи родительской власти и о защитѣ дѣтей, перечисляя случаи обязательнаго и факультативнаго лишенія родителей ихъ власти, относитъ производство этого рода дѣлъ къ юрисдикціи *суда*. Факультативное лишеніе родительской власти законъ установляетъ, между прочимъ, когда родители своимъ привычнымъ пьянствомъ, завѣдомо дурнымъ и позорнымъ поведеніемъ или дурнымъ обращеніемъ подвергаютъ риску здоровье, безопасность или нравственность своихъ дѣтей. Въ этомъ случаѣ отъ усмотрѣнія судебной власти зависитъ постановить о лишеніи родительской власти (см. «Юридическій Вѣстникъ» за 1891 г., № 9, стр. 87—93).

Согласно упомянутому закону, для отнятія родительской власти долженъ быть предъявленъ искъ въ судъ по мѣсту жительства или пребыванія родителей; право иска принадлежитъ родственникамъ до 4 степени включительно и прокуратурѣ; копія прошенія сообщается отвѣтчику; отъ суда зависитъ созвать семейный совѣтъ. Судъ рѣшаетъ дѣло, выслушавъ мнѣніе кантональнаго мирового судьи, а также родственниковъ и другихъ лицъ; прокуроръ даетъ свое заключеніе. На время производства дѣла судъ можетъ принять, какія найдетъ полезными мѣры къ охраненію и воспитанію дѣтей (тамъ же). Возражаютъ противъ этого закона, что онъ ставитъ право общества на защиту ребенка въ каждомъ данномъ случаѣ въ безусловную зависимость отъ судебнаго рѣшенія; что подобный порядокъ съ одной стороны усложнитъ процедуру и чрезмѣрно обременитъ судъ, а съ другой—можетъ вести къ самымъ нежелательнымъ отказамъ въ искахъ. Указываютъ при этомъ на англійскую и американскую системы, какъ болѣе практичныя, уполномочивающія администрацію безъ судебнаго рѣшенія о лишеніи власти родителей, принимать всѣ тѣ мѣры къ спасенію угнетаемаго ребенка, какія возложены французскимъ законодательствомъ на суды. Но противъ этого справедливо замѣчаютъ, что бремя суда переносится на администрацію и что кто

же поручится, что администрація будетъ преслѣдовать всѣ случаи, въ которыхъ защита ребенка окажется необходимой, или, наоборотъ, грубымъ вмѣшательствомъ, безъ провѣрки и гарантій, возможныхъ лишь при судебномъ разсмотрѣніи дѣлъ, не оскорбитъ родительскія чувства и не внесетъ разладъ въ такую деликатную сферу, какъ семейная.. (см. Юридическій Вѣстникъ» за 1891 г., № 11, «Антверпенскій международный конгрессъ»). Какъ французскій законъ, такъ и бельгійскій законопроектъ по этому же предмету признаютъ одни лишь *гражданскіе* суды компетентными въ объявленіи родителей лишенными власти надъ своими дѣтьми. Родительская власть можетъ быть впослѣдствіи возстановлена также путемъ судебнаго разбирательства.

Я остановился нѣсколько подробнѣе на вопросѣ объ ограниченіи или прекращеніи родительской власти, чтобы показать современную постановку вопроса въ культурныхъ странахъ и способъ разрѣшенія его законодательствами. Соображенія и мотивы, высказанные юристами при разработкѣ вопроса, могли бы дать составителямъ проекта цѣнный матеріалъ для введенія и у насъ института обязательнаго или факультативнаго лишенія родительской власти по судебному рѣшенію, при чемъ инціатива возбужденія судебнаго производства могла бы быть предоставлена родственникамъ подопечнаго, прокурору, опекунскому начальнику или судьѣ.

Въ виду обширнаго раіона дѣятельности окружныхъ судовъ и отдаленности отъ населенія мнѣ казалось бы болѣе цѣлесобразнымъ дѣла, указаныя въ ст. 47 и 48, подчинить юрисдикціи уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ, а въ мѣстностяхъ, гдѣ сохранены мировые судьи—сихъ послѣднихъ съ правомъ принесенія жалобы въ окружный судъ или мировой съѣздъ, по принадлежности.

Ст. 50 постановляетъ, что указанныя въ статьяхъ 48 и 49 мѣры (послѣдняя статья предоставляетъ опекунскому начальнику лишить отца управленія имуществомъ опекаемаго, если этому имуществу угрожаетъ опасность отъ злоупотребленія или нерадѣнія отца) могутъ быть приняты опекунскимъ начальникомъ по собственному почину, а также по просьбѣ матери несовершеннолѣтняго. По моему мнѣнію, слѣдуетъ предоставить право инціативы и самому несовершеннолѣтнему, достигшему 17 лѣтъ, и родственникамъ.

По ст. 53, отецъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей можетъ въ завѣщаніи или иномъ письменномъ актѣ дать ихъ матери указанія относительно воспитанія дѣтей и управленія ихъ имуществомъ. Отступить отъ указаній отца относительно воспитанія дѣтей и управленія ихъ

имуществомъ мать вправѣ лишь съ разрѣшенія съѣзда. По моему мнѣнію, эти указанія отецъ можетъ дѣлать лишь въ видѣ совѣта или наставленія, которые однако необязательны для матери. Во многихъ случаяхъ мать способнѣе отца воспитывать дѣтей и даже управлять имуществомъ. Наконецъ, завѣщаніе или иной письменный актъ могутъ быть извѣстны одной матери. Кто же будетъ слѣдить за ихъ исполненіемъ?

Въ концѣ статьи 53 выраженіе: «если онъ не назначилъ или не вправѣ назначить опекуна», несовсѣмъ ясно.

Ст. 55 перечисляетъ основанія прекращенія опеки родителей. Прекращается ли вмѣстѣ съ тѣмъ и родительская власть? Объяснительная записка не даетъ прямого отвѣта на этотъ вопросъ.

Къ основаніямъ пріостановленія родительской опеки (ст. 56) слѣдуетъ, по моему мнѣнію, прибавить еще одно основаніе: возбужденіе противъ родителей обвиненія въ преступленіи, влекущемъ лишеніе или ограниченіе правъ.

Согласно ст. 57, при жизни родителей или одного изъ нихъ опекунъ *назначается*, когда прекращена родительская опека, слѣдовательно во всѣхъ случаяхъ, перечисленныхъ въ ст. 55 проекта. Къ этимъ случаямъ отнесены, между прочимъ, усыновленіе несовершеннолѣтняго (п. 1). По моему мнѣнію, здѣсь нѣтъ основанія къ *назначенію* опекуна, такъ какъ усыновители замѣняютъ въ отношеніи опекунства родителей. Это подтверждается ст. 13 закона 12 марта 1891 года (ст. 156[1] гр. зак. по прод. 1891 г.), постановляющею, что усыновленный вступаетъ по отношенію къ усыновителю во всѣ права и обязанности законныхъ дѣтей, указанныя въ статьяхъ 164—195 законовъ гражданскихъ, а эти статьи трактуютъ о родительской власти и, между прочимъ, объ опекунскомъ управленіи родителями имуществомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей (ст. 180).

Согласно ст. 63, при невозможности въ непродолжительномъ времени назначить опекуна, или когда назначенный уже опекунъ не можетъ еще вступить въ отправленіе своихъ обязанностей, опекунскій начальникъ имѣетъ право назначить попечителя, на обязанность котораго возлагается принятіе по опекѣ не терпящихъ отлагательства мѣръ. Я уже выше указывалъ на то, что въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ назначить временнаго опекуна, который несетъ тѣ же обязанности попеченія о лицѣ и имуществѣ опекаемаго, какъ и постоянный опекунъ. Впрочемъ, нѣтъ, мнѣ кажется, основанія и къ назначенію временнаго опекуна, такъ какъ, согласно ст. 61, опекунскій начальникъ до вступленія опекуна въ отправленіе опекунскихъ обязанно-

стей можетъ принимать мѣры къ попеченію о лицѣ несовершеннолѣтняго и къ охраненію его имущества (опись, опечатаніе имущества и отдача его на храненіе). Относительно *завѣщательной опеки* ст. 64 постановляетъ, что каждый изъ родителей, имѣющій право родительской опеки, можетъ на случай своей смерти назначить къ несовершеннолѣтнимъ своимъ дѣтямъ опекуна. По проекту, родительская опека принадлежитъ отцу, а послѣ отца она переходитъ къ матери (ст. 43 и 52). Редакція ст. 64 даетъ основаніе предположить, что отецъ можетъ на случай своей смерти назначить опекуна помимо матери, т. е. устранить ее вовсе отъ принадлежащей ей по закону родительской власти и опеки. Справедливо ли это, и согласно ли такое постановленіе съ понятіемъ опеки, составляющей, по опредѣленію составителей проекта (Объяснительная записка, стр. 249), только искусственную, по необходимости, замѣну родительской власти? Гораздо правильнѣе было бы постановить, что право назначить опекуна принадлежитъ только пережившему родителю, какъ объ этомъ постановлено въ уложеніяхъ французскомъ (ст. 397), итальянскомъ (ст. 242) и Царства Польскаго (ст. 364).

Ст. 68 постановляетъ, что, когда отцомъ или матерью не назначенъ опекунъ..., то опекунскій начальникъ опредѣляетъ опекуномъ одного изъ слѣдующихъ лицъ... Согласно только-что высказаннымъ соображеніямъ, статью эту слѣдовало бы изложить такъ: «когда пережившимъ родителемъ не назначенъ опекунъ (ст. 64)...». По ст. 71, не могутъ быть опекунами, между прочимъ, ведущіе *гласно* безнравственную жизнь (п. 3). По моему мнѣнію, едва ли удобно назначать опекуномъ человѣка, ведущаго безнравственную жизнь, хотя и не гласно.

Перечисляя основанія, по которымъ можно отказаться отъ опекунства или освободиться отъ него (ст. 72 и 73), проектъ исходитъ изъ того общаго положенія, что опека есть общественная повинность (Объяснительная записка, стр. 270—271). Но изъ сравненія ст. 66, 67 и 68 съ ст. 72 и 73 проекта можно заключить, что лица, назначенныя опекунами по завѣщанію, исключая родственниковъ несовершеннолѣтняго, до 3 степени включительно, могутъ всегда отказаться отъ опекунства. Такъ, по ст. 66, лица, призываемыя къ опекѣ въ силу распоряженій родителей, утверждаются въ званіи опекуна..., если нѣтъ причинъ, устраняющихъ ихъ отъ опеки, и *если они отъ принятія опеки не откажутся;* по ст. 67, лицо, состоящее съ несовершеннолѣтнимъ въ родствѣ до 3 степени включительно, можетъ отказаться отъ опеки только по причинамъ, указаннымъ въ ст. 72

и 73. По ст. 67, опекунскій начальникъ опредѣляетъ опекуна, когда отцомъ или матерью не назначено опекуна, а также, когда *назначенный однимъ изъ родителей опекунъ отъ принятія опеки откажется*. Такимъ образомъ, между такъ называемою завѣщательною и правительственною опекою есть существенная разница: отъ первой можно отказаться безусловно (исключая близкихъ родственниковъ), отъ второй—только въ указанныхъ закономъ случаяхъ. Для избѣжанія недоразумѣній слѣдовало бы въ проектѣ прямо указать на это различіе.

Ст. 78 предусматриваетъ случай назначенія *попечителя*, а именно, когда къ несовершеннолѣтнему, находящемуся въ благотворительномъ учрежденіи, дойдетъ недвижимое имѣніе, торговое, промышленное или ремесленное заведеніе или капиталъ свыше двухъ тысячъ руб. Мнѣ кажется, что въ этомъ случаѣ слѣдуетъ назначить *опекуна*, какъ представителя неправоспособнаго лица и его имущества (см. выше указанное нами различіе между опекою и попечительствомъ).

Выраженіе ст. 70: «въ случаѣ отказа *опекунскимъ начальникомъ* въ семъ ходатайствѣ» (т. е. объ освобожденіи опекуна отъ опекунскихъ обязанностей) слѣдовало бы замѣнить выраженіемъ: «въ случаѣ отказа *опекунскаго начальника* въ семъ ходатайствѣ» или «въ случаѣ неосвобожденія его».

Ст. 82 возлагаетъ на опекуна обязанность, если онъ состоитъ вѣрителемъ или должникомъ опекаемаго или въ иныхъ отношеніяхъ, заявить о семъ опекунскому начальнику до принятія опеки, а если долговое или имущественное отношеніе возникло послѣ этого, то онъ долженъ заявить объ этомъ въ мѣсячный срокъ. Такого же рода обязанность возлагаютъ на опекуна уложенія французское (ст. 451) итальянское (ст. 285 и 286), царства польскаго (ст. 428) и саксонское (ст. 1909), но въ первыхъ трехъ кодексахъ указаны и послѣдствія неисполненія опекуномъ этой обязанности, а именно: потеря того, что ему слѣдуетъ (à peine de déchéance), а по саксонскому уложенію—денежное взысканіе (что видно изъ ссылки, сдѣланной въ ст. 1909 на ст. 1881). По нашему же проекту, никакихъ послѣдствій не установлено, и тѣмъ самымъ обязанность, возлагаемая на опекуна, лишена юридической санкціи. Слѣдовало бы по-этому по примѣру саксонскаго уложенія постановить денежное взысканіе съ опекуна, не свыше 100 руб., въ случаѣ неисполненія имъ обязанности, указанной въ статьѣ 82.

Отдѣленіе третье проекта, озаглавленное «завѣдываніе опекою»,

открывается статьею 87, по которой «опекунъ обязанъ заботиться о личности опекаемаго, о его воспитанiи и вообще о приготовленiи его къ полезной дѣятельности, соотвѣтственно его общественному и имущественному положенiю, способностямъ и здоровью, соображаясь притомъ съ желанiемъ родителей. Опекунъ имѣетъ право отдать опекаемаго въ обученiе». Замѣчу, что изложенное здѣсь правило имѣетъ дѣйствiе въ томъ лишь случаѣ, когда у несовершеннолѣтняго нѣтъ ни отца, ни матери, такъ какъ попеченiе о личности дитяти принадлежитъ всецѣло родителямъ, а если нѣтъ отца, то матери. Ей должно принадлежать это право и въ томъ случаѣ, когда по какимъ-либо причинамъ она не состоитъ опекуншею. Съ этимъ согласны и составители проекта, которые ссылаются при этомъ на ст. 264 X т., 1 ч. и на иностранныя законодательства (см. Объяснительную записку, стр. 311). Но въ такомъ случаѣ слѣдовало бы сказать: «если у опекаемаго нѣтъ родителей, то опекунъ и т. д.». Тогда уже представляется излишнею слѣдующая ст. 88, по которой «изложенное въ ст. 87 правило не устраняетъ матери отъ попеченiя о личности и воспитанiи дѣтей. Разногласiе между матерью и опекуномъ объ отдачѣ дѣтей въ обученiе, въ учебное заведенiе или кому-либо на воспитанiе разрѣшается съѣздомъ...». Относительно же содержанiя ст. 87 я уже въ другомъ мѣстѣ указывалъ, что едва ли есть достаточное основанiе къ такой подробной регламентацiи обязанностей опекуна по отношенiю къ личности опекаемаго. Достаточно было бы ограничиться постановленiемъ, что на опекунѣ лежитъ попеченiе о личности и воспитанiи опекаемаго. Не имѣетъ также юридическаго характера и санкцiи, представляя собою одну лишь нравственную сентенцiю, постановленiе ст. 89 о томъ, что «опекаемый обязанъ оказывать опекуну почтенiе и повиновенiе». Точно также ст. 90 могла бы ограничиться общимъ положенiемъ, «что опекунъ обязанъ управлять имуществомъ опекаемаго, какъ заботливый хозяинъ», и не упоминать о деталяхъ, составляющихъ естественное развитiе и послѣдствiя этого общаго положенiя. Представляется поэтому излишнимъ постановленiе той же ст. 90 о томъ, что «опекунъ долженъ имѣть попеченiе о сохраненiи имущества опекаемаго, предохранять оное отъ разоренiя и упадка и заботиться, чтобы причитающiяся опекаемому суммы поступали своевременно, чтобы расходы производились безъ излишествъ и чтобы платежи за опекаемаго вносились въ надлежащiе сроки» (см. подробнѣе мои замѣчанiя на ст. 40, 42 и 45 проекта новаго опекунскаго устава). Сама редакцiонная коммиссiя признаетъ, что въ перечисленiи извѣстныхъ дѣйствiй, которыя

обязанъ предпринимать опекунъ, не представляется надобности, какъ скоро эти дѣйствія необходимо вызываются управленіемъ. Въ понятіи «хозяинъ» уже содержится главное указаніе дѣятельности опекуна по управленію имуществомъ. Однако коммиссія нашла полезнымъ въ самомъ законѣ указать на главные предметы, входящіе въ обязанность опекуна по управленію имуществомъ опекаемаго (см. Объяснительную записку, стр. 313 и 314). — Изъ понятій о правѣ общей собственности и объ опекунѣ, какъ о представителѣ несовершеннолѣтняго, естественно и неизбѣжно вытекаетъ и положеніе, содержащееся въ ст. 91 о томъ, что, «когда опекѣ подлежитъ только опредѣленная доля въ имуществѣ, принадлежащемъ нѣсколькимъ лицамъ, то опекунъ завѣдуетъ общимъ имуществомъ сообща съ другими его участниками». Иначе и не можетъ быть: опека не можетъ простираться на все имущество и стѣснять право собственности лицъ, вполнѣ правоспособныхъ. Недоразумѣнія и споры, возникавшіе въ судебной практикѣ по этому предмету (см. Объяснительную записку, стр. 314—317), происходили лишь отъ неправильнаго пониманія и толкованія законовъ и не могутъ считаться достаточнымъ основаніемъ къ изданію постановленія, содержащагося въ общемъ смыслѣ нашихъ законовъ. Къ числу положеній, сами собою подразумѣваемыхъ въ общемъ понятіи опекунскаго управленія, относится и ст. 94 о томъ, что «опекунъ обязанъ заботиться о надежномъ помѣщеніи капиталовъ опекаемаго». Въ виду этого ст. 91 и 94 могли бы быть исключены изъ опекунскаго устава.

Ст. 95 перечисляетъ, какія именно процентныя бумаги опекунъ можетъ пріобрѣтать для несовершеннолѣтняго, а ст. 96 постановляетъ, что «доставшіяся несовершеннолѣтнему акціи и иныя процентныя бумаги могутъ быть обмѣниваемы на другія процентныя же бумаги, но лишь съ разрѣшенія опекунскаго начальника, и при томъ только на бумаги, поименованныя въ предыдущей статьѣ». Мнѣ кажется, что нѣтъ надобности въ казуистическомъ перечисленіи процентныхъ бумагъ, которыя опекунъ можетъ пріобрѣтать и обмѣнивать для опекаемаго. Въ виду отвѣтственности, которой подлежитъ опекунъ за причиненный имуществу опекаемаго вредъ, и въ виду стоящаго надъ опекуномъ контроля можно бы ограничиться общимъ правиломъ, что опекунъ можетъ съ разрѣшенія опекунскаго судьи пріобрѣтать для несовершеннолѣтняго процентныя бумаги и обмѣнивать однѣ бумаги на другія (ср. упомянутую статью г. Шершневича, стр. 49). По ст. 101, «опекунскій начальникъ можетъ потребовать сдачи опекуномъ на храненіе долговыхъ документовъ и цѣнныхъ вещей и можетъ присо-

единить къ этому требованію распоряженіе, чтобы сдача на храненіе была произведена подъ условіемъ возвращенія опекуну документовъ или вещей только съ разрѣшенія опекунскаго начальника». Если правило это будетъ удержано въ опекунскомъ уставѣ (а оно было бы умѣстнѣе въ инструкціи опекунскимъ судьямъ), то оно могло бы быть изложено такъ: «опекунскій начальникъ можетъ... вещей и можетъ распорядиться, чтобы они были возвращены опекуну только съ разрѣшенія опекунскаго начальника». Ст. 105 запрещаетъ опекуну пользоваться въ *личную себѣ прибыль* деньгами и вообще имуществомъ несовершеннолѣтняго. Въ предпослѣднемъ проектѣ предполагалось постановить, что за употребленіе, вопреки сему запрещенію, денегъ опекаемаго въ свою пользу опекунъ обязанъ со времени такого ихъ употребленія заплатить по 1% въ мѣсяцъ. Въ настоящемъ же проектѣ такого послѣдствія не установлено. Такимъ образомъ, ст. 105 не имѣетъ юридической санкціи и могла бы быть исключена, тѣмъ болѣе, что это запрещеніе содержится въ самомъ понятіи опекунскаго представительства. Ст. 107 разрѣшаетъ заемъ денегъ отъ имени опекаемаго между прочимъ для предотвращенія продажи *недвижимаго* его имѣнія; слѣдовало бы также разрѣшить заемъ для предотвращенія продажи *движимаго* имущества опекаемаго. Редакцію второй части ст. 109 слѣдовало бы измѣнить: вмѣсто: «на продажу произведеній сельскаго хозяйства, произведеній фабричнаго или иного промышленнаго заведенія, равно товаровъ изъ торговаго заведенія, не требуется разрѣшенія», можно было бы сказать: «на продажу сельскохозяйственныхъ, фабричныхъ или иныхъ промышленныхъ произведеній, равно товаровъ...»

Тачно также слѣдовало бы измѣнить редакцію ст. 110, постановляющей, что «продажа движимаго имущества, не поименованнаго въ статьѣ 109, и продажа имѣнія недвижимаго допускается:

1) когда продажа назначена тѣмъ завѣщаніемъ или дарственнымъ актомъ, по которому имущество дошло къ несовершеннолѣтнему;

2) когда продажа необходима для уплаты долговъ несовершеннолѣтняго, для его содержанія или воспитанія;

3) когда продажа необходима для раздѣла имущества между совладѣльцами;

4) когда имѣющая выручиться отъ продажи имущества сумма необходима для сохраненія другого приносящаго доходъ имущества, и

5) когда имущество не можетъ быть сбережено безъ утраты, либо уменьшенія его цѣнности или пришло въ совершенную ветхость, либо оказывается излишнимъ или убыточнымъ».

Статью эту можно бы изложить такъ: «продажа движимаго имущества, не поименованнаго въ ст. 109, и имѣнія недвижимаго допускается: 1) когда она назначена... 2) когда она необходима для уплаты долговъ...; для раздѣла имущества..., для сохраненія другого приносящаго доходъ имущества и 3) когда имущество не можетъ быть сбережено»...

Ст. 118 постановляетъ, что «опекунъ не можетъ вступать, *въ качествѣ договаривающейся стороны*, въ договоры относительно имущества опекаемаго»...

Вмѣсто не совсѣмъ точнаго, въ особенности для не-юриста, выраженія «въ качествѣ договаривающейся стороны» лучше было бы сказать: «лично отъ своего имени».

Для заключенія между опекаемымъ и опекуномъ сдѣлки, о котовторой говорится въ ст. 118, къ опекаемому слѣдуетъ назначить временнаго *опекуна*, а не попечителя (см. выше).

Я уже выше указывали на то, что, по моему мнѣнію учрежденіе двухъ опекунскихъ инстанцій едва ли вызывается необходимостью и природою опекъ, что контроль и ближайшее наблюденіе опекунскаго судьи или начальника за дѣятельностью опекуна представляютъ достаточную гарантію для опекаемаго въ особенности, когда ближайшимъ родственникамъ опекаемаго и сему послѣднему, достигшему 17 лѣтъ, будетъ предоставлено принести жалобу на опекуна и на опекунскаго судью.

Съ этой точки зрѣнія представляется совершенно лишнимъ требовать разрѣшенія съѣзда на совершеніе опекуномъ дѣйствій, указанныхъ въ проектѣ въ главѣ о завѣдываніи опекою.

Но если бы предположенная проектомъ система опекунскихъ установленій сохранилась, то слѣдовало бы по возможности сократить число случаевъ, въ которыхъ требуется разрѣшеніе съѣзда. Сюда относится ст. 122, по которой опекунъ обязанъ испросить разрѣшеніе съѣзда: на отреченіе отъ имени несовершеннолѣтняго отъ наслѣдства, на вырубку принадлежащаго опекаемому лѣса, на пріобрѣтеніе для него имѣнія и на усыновленіе его другимъ лицомъ. Всѣ эти предметы такого свойства, что совершенно достаточно ограничиться разрѣшеніемъ опекунскаго начальника.

Ст. 124, какъ и предъидущій проектъ (ст. 78), объявляетъ недѣйствительными сдѣлки, совершенныя опекуномъ безъ разрѣшенія опекунскаго установленія, когда такое разрѣшеніе требуется... Такая безусловная ничтожность сдѣлокъ не соотвѣтствуетъ той цѣли, для которой установлена авторизація опекунскаго установленія. Слѣдовало

бы постановить, что сдѣлки, заключенныя опекуномъ безъ надлежащаго разрѣшенія, когда таковое требуется, и не получившія послѣдующаго утвержденія, признаются недѣйствительными, *если онѣ клонятся ко вреду опекаемаго* (ср. ст. 787 и 1918 сакс. улож. и мои замѣч. на проектъ и пр.). Ст. 125 обязываетъ опекунскаго начальника по нѣкоторымъ предметамъ, касающимся имущества несовершеннолѣтняго, достигшаго 17 лѣтъ, выслушать его мнѣніе по этимъ предметамъ. Было бы, мнѣ кажется, полезно предоставить *и опекуну*, а въ болѣе важныхъ случаяхъ *обязать* его выслушать мнѣніе несовершеннолѣтняго, достигшаго 17 лѣтъ. Статьи 126 и 127 предусматриваютъ случаи, когда между нѣсколькими несовершеннолѣтними, имѣющими одного и того же опекуна, возникаетъ тяжба или необходимо совершеніе сдѣлки, или когда между опекаемымъ и опекуномъ возникаетъ тяжба. Въ первомъ случаѣ къ несовершеннолѣтнимъ назначаются попечители (особо, разумѣется, для каждой стороны), во второмъ—опекунъ устраняется и замѣняется другимъ, или же назначается попечитель только для веденія дѣла со стороны опекаемаго. По моему мнѣнію, какъ я уже объяснилъ выше, въ томъ и другомъ случаяхъ слѣдуетъ назначить временныхъ опекуновъ, а не попечителей. Въ редакціонномъ отношеніи ст. 127 могла бы быть изложена нѣсколько короче. «Въ случаѣ, говоритъ она, возникновенія между несовершеннолѣтнимъ и опекуномъ тяжбы, опекунскій начальникъ въ каждомъ данномъ случаѣ разрѣшаетъ вопросъ, долженъ ли быть опекунъ устраненъ и замѣненъ другимъ или же достаточно ограничиться только назначеніемъ попечителя для веденія дѣла со стороны несовершеннолѣтняго. На приведеніе въ исполненіе постановленія объ устраненіи опекуна требуется разрѣшеніе съѣзда». Я предложилъ бы такую редакцію: «если между несовершеннолѣтнимъ и опекуномъ возникаетъ тяжба, то опекунскій начальникъ постановляетъ объ устраненіи опекуна и замѣнѣ его другимъ, или же ограничивается только назначеніемъ попечителя (по моему, временнаго опекуна) для...» (относительно проектируемыхъ подробныхъ правилъ о надзорѣ за опекунами и объ ихъ отвѣтственности см. «Замѣчанія къ проекту опекунскаго устава»).

По ст. 154 опекунскій начальникъ увольняетъ опекуна, если обнаружатся злоупотребленія или существенныя упущенія опекуна... Несомнѣнно, что предварительно увольненія отъ опекуна должно быть потребовано въ назначенный для сего срокъ объясненіе, какъ это, впрочемъ, видно изъ мотивовъ ст. 154 (см. объяснительную записку, стр. 409). Объ этомъ слѣдуетъ оговорить въ самомъ текстѣ закона.

Институтъ опеки и попечительства, какъ я уже замѣтилъ, представляя собою суррогатъ родительской власти, касается этою своею стороною сферы семейно-частнаго права. Но общественно-публичная сторона института заключается въ томъ, что государство въ лицѣ своихъ органовъ принимаетъ на себя заботу о лицахъ неправоспособныхъ, не имѣющихъ естественныхъ представителей—родителей, или же лишенныхъ почему-либо возможности лично завѣдывать своимъ имуществомъ. Благодаря этому двойственному характеру опекъ и попечительствъ, проектъ вводитъ въ систему опекунскихъ установленій новое, неизвѣстное нашему праву, учрежденіе—семейный совѣтъ. По своей идеѣ и составу семейный совѣтъ носитъ на себѣ явный отпечатокъ частно-семейныхъ отношеній, но по функціямъ своимъ и по мѣсту, занимаемому имъ въ системѣ опекунскихъ установленій, семейный совѣтъ получаетъ характеръ общественно-государственнаго учрежденія. Предположенія объ участіи въ опекѣ родственныхъ или семейныхъ совѣтовъ высказывались уже въ болѣе или менѣе опредѣленной формѣ и въ прежнихъ проектахъ опекунскаго устава (въ проектѣ гражданскаго уложенія графа Сперанскаго, въ проектахъ «положенія объ опекунствахъ и попечительствахъ» 1847 г., «положенія объ опекахъ» 1860 г. и въ проектѣ опекунскаго устава 1874 г.). Но по этимъ проектамъ предполагалось учрежденіе семейныхъ совѣтовъ съ совѣщательнымъ только голосомъ. По совершенно вѣрному заключенію редакціонной коммиссіи, учрежденіе семейныхъ совѣтовъ съ совѣщательнымъ только голосомъ представляется мѣрою, отъ которой нельзя ожидать въ практической жизни плодотворныхъ результатовъ. Отъ учрежденія семейныхъ совѣтовъ можно ожидать дѣйствительной, существенной пользы лишь въ томъ случаѣ, когда имъ дано будетъ самостоятельное значеніе, когда члены совѣта явятся отвѣтственными предъ опекаемыми лицами за свои дѣйствія. Только подъ условіемъ самостоятельности и отвѣтственности за свои дѣйствія семейные совѣты могутъ получить правильное и цѣлесообразное развитіе, служить на пользу опекаемыхъ, облегчая вмѣстѣ съ тѣмъ обязанности опекунскихъ начальниковъ (см. объяснительную записку, стр. 102).

Францiя считается родиною института опекунскаго семейнаго совѣта. Онъ былъ перенесенъ во французское законодательство, по объясненіямъ французскихъ цивилистовъ, изъ обычнаго французскаго права. «Семейный совѣтъ есть закономъ установленное учрежденіе, частью для назначенія въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ и отношеніяхъ опекуновъ, частью для указанія способовъ управленія опе-

кою, частью для уполномочиванія опекуновъ на совершеніе извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій, или же для доставленія имъ совѣтовъ при извѣстныхъ опекунскихъ обстоятельствахъ... Семейный совѣтъ не есть постоянно дѣйствующее учрежденіе, но составляется всякій разъ вновь изъ родственниковъ или друзей несовершеннолѣтняго» (*Стрепетовъ* «Наши законы и законопроекты объ опекахъ» въ жур. гр. и уг. пр. 1882 г., кн. 8, стр. 167). Семейные совѣты встрѣчаются также въ уложеніи итальянскомъ и царства польскаго и въ новѣйшихъ законодательствахъ: сербскомъ и прусскомъ опекунскомъ уставѣ, а также въ проектѣ германскаго уложенія.

Нашъ проектъ посвящаетъ семейному совѣту особую главу, состоящую изъ 26 статей (ст. 163 — 188). По мысли составителей проекта, семейные совѣты далжны быть учреждаемы у насъ по мѣрѣ дѣйствительной въ нихъ надобности съ предоставленіемъ образованнымъ совѣтамъ не совѣщательнаго только голоса, а значенія самостоятельнаго учрежденія. Не слѣдуетъ, съ одной стороны, настаивать непремѣнно на учрежденіи семейныхъ совѣтовъ для каждой опеки, а съ другой стороны и не слѣдуетъ стѣснять свободнаго возникновенія семейныхъ совѣтовъ,—только такой законодательный опытъ можетъ дать желательные результаты (см. объяснительную записку, стр. 105 и 106).

Семейный совѣтъ есть, по проекту, коллегіальное учрежденіе, состоящее изъ предсѣдателя—органа правительственной власти (мировой или городской судья или земскій начальникъ) и членовъ-родственниковъ опекаемаго или лицъ, назначенныхъ его родителями, числомъ обыкновенно отъ трехъ до шести. Главное преимущество семейныхъ совѣтовъ заключается въ томъ, что родственныя узы, связывающія ихъ членовъ съ опекаемыми, обезпечиваютъ въ извѣстной степени болѣе теплое и дѣятельное участіе въ интересахъ послѣднихъ. Судя по долголѣтнему опыту культурныхъ народовъ запада, можно надѣяться, что это новое учрежденіе привьется и къ нашему быту и внесетъ свѣжую и благотворную струю въ наше опекунское дѣло. Относительно отдѣльныхъ постановленій проекта о семейномъ совѣтѣ слѣдуетъ замѣтить, кромѣ сказаннаго уже мною въ «Замѣчаніяхъ на проектъ опекунскаго устава», что 1) первая часть ст. 175 постановляетъ, что засѣданія семейнаго совѣта назначаются опекунскимъ начальникомъ по мѣрѣ надобности, при чемъ *опекунскій начальникъ* (не лучше ли «онъ»?) заботится, чтобы въ назначенное засѣданіе были, по возможности, предложены совѣту всѣ подлежащіе его разсмотрѣнію вопросы. Это не есть законода-

тельное опредѣленіе въ собственномъ смыслѣ, а имѣетъ характеръ наставленія, совѣта или инструкціи для опекунскаго начальника и потому могло бы быть исключено изъ устава. По этой же статьѣ всѣ члены семейнаго совѣта приглашаются опекунскимъ начальникомъ въ засѣданіе словесно или письменно; слѣдовало бы прибавить, «при чемъ имъ сообщается о подлежащихъ обсужденію предметахъ». Это, мнѣ кажется, необходимо для того, чтобы члены совѣта были нѣсколько подготовлены къ засѣданію и чтобы они могли прислать отзывъ въ случаѣ невозможности лично явиться въ засѣданіе (ст. 179). 2) Проектъ предоставляетъ опекунскому начальнику широкое право пріостановить исполненіе постановленія семейнаго совѣта, которое онъ находитъ противозаконнымъ или клонящимся къ явному вреду для опекаемаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ представляетъ дѣло съ своимъ заключеніемъ на разрѣшеніе съѣзда (ст. 183). Право это можетъ совершенно подорвать авторитетъ семейнаго совѣта, парализовать его дѣятельность и поселить антагонизмъ между опекунскимъ начальникомъ и совѣтомъ. Едва ли есть основаніе предполагать, что семейный совѣтъ, состоя изъ ближайшихъ родственниковъ или изъ друзей семьи опекаемаго, можетъ дѣйствовать въ явный вредъ опекаемому и менѣе дорожить его благомъ, чѣмъ опекунскій начальникъ. Точно также трудно допустить *противозаконность* постановленія совѣта, во главѣ котораго стоитъ опекунскій же начальникъ, свѣдущій въ законахъ, руководящій засѣданіемъ совѣта и направляющій сужденія членовъ его согласно съ закономъ. Кромѣ того, большею частью распоряженія по опекѣ требуютъ быстроты исполненія; предоставляемое же ст. 183 опекунскому начальнику право будетъ тормозить дѣятельность совѣта. Коль скоро семейному совѣту принадлежатъ по опекѣ, для которой онъ учрежденъ, права и обязанности опекунскаго начальника (ст. 181), онъ и долженъ функціонировать безпрепятственно и самостоятельно, точно также, какъ и опекунскій начальникъ въ тѣхъ случаяхъ, когда совѣтъ не учрежденъ. Наконецъ, на постановленія семейнаго совѣта могутъ быть приносимы жалобы точно также, какъ на постановленія опекунскаго начальника (ст. 12, 181 и 185). 3) По ст. 308 семейные совѣты по опекамъ, подвѣдомственнымъ волостному суду, надъ сельскими обывателями не учреждаются. Статья эта основана на тѣхъ соображеніяхъ, что дѣла, подвѣдомыя волостнымъ судамъ, обыкновенно несложны и касаются незначительныхъ имуществъ, что учрежденіе семейныхъ совѣтовъ можетъ имѣть практическое значеніе лишь тогда, когда опека состоитъ подъ вѣдѣніемъ единоличной власти, но при передачѣ крестьянскихъ опекъ во-

лостнымъ судамъ не представляется удобнымъ учреждать при нихъ семейные совѣты (см. объяснительную записку, стр. 591 и 592). Но, во первыхъ, и у сельскихъ обывателей нерѣдко оказываются значительныя по составу и по цѣнѣ имущества, подлежащія опекѣ, въ каковыхъ случаяхъ учрежденіе семейнаго совѣта можетъ быть очень полезно. Во вторыхъ, по нашему предположенію, и опека надъ сельскими обывателями подчинена контролю единоличной власти— слѣдовательно, и относительно крестьянскихъ опекъ не представляется никакихъ неудобствъ въ учрежденіи семейныхъ совѣтовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда опекунскій судья найдетъ это нужнымъ и полезнымъ.

В) *По третьему раздѣлу*. Третій раздѣлъ проекта нормируетъ опеку надъ совершеннолѣтними. Первая глава трактуетъ объ опекѣ надъ душевнобольными. Здѣсь собственно излагается процессуальный порядокъ объявленія лица неправоспособнымъ вслѣдствіе душевной болѣзни. Дѣла эти отнесены къ вѣдомству окружнаго суда, по мѣсту жительства больнаго, и производятся въ охранительномъ порядкѣ (ст. 196 и слѣд.). Проектъ допускаетъ также возстановленіе правоспособности лица въ случаѣ его выздоровленія (ст. 213). Производство по этому послѣднему предмету возникаетъ по ходатайству объявленнаго неправоспособнымъ или его опекуна, или по предложенію лица прокурорскаго надзора (тамъ же). Слѣдовало бы предоставить и родителямъ, дѣтямъ или супругу, а за неимѣніемъ сихъ лицъ и другимъ родственникамъ опекаемаго возбудить производство, о возстановленіи его правоспособности, подобно тому, какъ эти лица могутъ возбудить производство объ объявленіи лица неправоспособнымъ вслѣдствіе душевной болѣзни (ст. 197).

Проектъ приравниваетъ лицъ, *объявленныхъ* неправоспособными вслѣдствіе душевной болѣзни, къ несовершеннолѣтнимъ. По смыслу ст. 195 душевная болѣзнь сама по себѣ не дѣлаетъ лицо неправоспособнымъ: необходимо, чтобы душевнобольной не способенъ былъ дѣйствовать разсудительно въ сферѣ своихъ правоотношеній и чтобы онъ въ установленномъ порядкѣ *объявленъ* былъ неправоспособнымъ съ учрежденіемъ надъ нимъ опеки. Въ виду этого слѣдовало бы измѣнить редакцію ст. 220. Вмѣсто «къ исполненію обязательства, произведенному *душевнобольному*, примѣняется 39 ст. сего устава», слѣдовало бы сказать, «къ исполненію обязательства, произведенному лицу, *объявленному неправоспособнымъ* вслѣдствіе душевной болѣзни, примѣняется 39 ст. сего устава». Относительно опеки надъ расточителями (ст. 227 и слѣд.) необходимо замѣтить слѣдующее. Нѣтъ, по

моему мнѣнію, достаточнаго основанія по предмету возмѣщенія издержекъ производства дѣлать какое-либо различіе между производствомъ объ объявленіи неправоспособнымъ вслѣдствіе душевной болѣзни или же вслѣдствіе расточительности. И въ послѣднемъ случаѣ справедливо было бы примѣнять ст. 211, по которой издержки возмѣщаются изъ имущества, объявленнаго неправоспособнымъ, или падаютъ на того, по чьей просьбѣ возникло дѣло, если судъ признаетъ, что онъ дѣйствовалъ недобросовѣстно или легкомысленно; во всѣхъ прочихъ случаяхъ... онѣ принимаются на счетъ казны. А между тѣмъ проектъ постановляетъ относительно расточителей особую ст. 229, существенно отличающуся отъ ст. 211 тѣмъ, что въ случаѣ отказа въ объявленіи лица расточителемъ издержки обращаются на возбудившее дѣло лицо, хотя бы оно дѣйствовало bona fide и осмотрительно. Точно также слѣдовало бы примѣнять къ расточителямъ ст. 200 о принятіи судомъ, въ случаѣ необходимости, предохранительныхъ мѣръ къ охраненію имущества душевнобольного (еще до объявленія его неправоспособнымъ) и къ назначенію попечителя. Одного наложенія запрещенія и ареста на имущество расточителя (ст. 230), мнѣ кажется, недостаточно: онъ можетъ до объявленія его неправоспособнымъ выдавать разныя обязательства, которыя впослѣдствіи будутъ погашаться изъ его имущества.

Ст. 231 постановляетъ общимъ правиломъ, что опеки, учрежденныя по случаю объявленія (лица?) неправоспособнымъ вслѣдствіе расточительности, подчиняются общимъ правиламъ объ опекахъ надъ несовершеннолѣтними *съ изъятіями, указанными въ ст. 214—216*. Эти послѣднія статьи относятся къ душевнобольнымъ и опредѣляютъ мѣсто учрежденія опеки, лицъ, предпочтительно назначаемыхъ опекунами, и случаи, въ которыхъ учреждается семейный совѣтъ. Если такимъ образомъ къ расточителямъ примѣняются ст. 214—216, то было бы правильнѣе цитировать ихъ въ числѣ статей, указанныхъ въ ст. 228, и изложить ее такъ: «къ производству по дѣламъ о расточительности *и къ опекѣ надъ расточителемъ* примѣняются статьи 196, 197, 199, 200—204, 207—210, 212—216 сего устава». Тогда статья 231 получитъ слѣдующую редакцію: «опеки, учреждаемыя по случаю объявленія неправоспособнымъ вслѣдствіе расточительности, подчиняются общимъ правиламъ объ опекахъ надъ несовершеннолѣтними». При существованіи такого общаго правила представляется, мнѣ кажется, излишнимъ постановленіе ст. 233, что объявленные неправоспособными по расточительности приравниваются въ отношеніи правоспособности несовершеннолѣтнимъ.

Г) *По четвертому раздѣлу.* Четвертый раздѣлъ проекта содержитъ въ себѣ постановленія о попечительствѣ. Я уже выше указалъ на то, что въ проектѣ нѣтъ точнаго опредѣленія понятія попечительства въ отличіе его отъ опеки и что попечительство должно учреждаться, по общему правилу, главнымъ образомъ, съ цѣлью охраненія имущества лица въ тѣхъ случаяхъ, когда субъектъ этого имущества неизвѣстенъ или не опредѣленъ или же почему либо не можетъ завѣдывать имъ.

Ст. 235, которою открывается отдѣлъ проекта о попечительствѣ, постановляетъ въ видѣ общаго положенія что «попечитель назначается къ несовершеннолѣтнему» (а по ст. 238 и къ совершеннолѣтнимъ, объявленнымъ неправоспособными), «когда встрѣчается надобность въ совершеніи родителемъ или опекуномъ какого либо дѣйствія въ качествѣ законнаго представителя, но эти лица, по болѣзни или инымъ въ законѣ указаннымъ причинамъ, временно не имѣютъ возможности исполнять свои обязанности». По изложеннымъ выше основаніямъ въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ назначить временнаго опекуна, а не попечителя. Въ редакціонномъ отношеніи ст. 235 можно бы изложить короче, а именно: «попечитель (а по нашему временный «опекунъ») назначается къ несовершеннолѣтнему, когда родитель или опекунъ по болѣзни или инымъ указаннымъ въ законѣ причинамъ временно не имѣютъ возможности *совершать какія либо дѣйствія* (или же исполнять свои обязанности) по опекѣ». Вполнѣ соотвѣтствуютъ понятію попечительства случаи, предусмотрѣнные въ ст. 239—240 и 245, а именно, попечительство учреждается: 1) надъ совершеннолѣтнимъ, не объявленнымъ неправоспособнымъ, но лишеннымъ вслѣдствіе болѣзни или физическаго недостатка возможности завѣдывать своими имущественными дѣлами; 2) для охраненія правъ зачатаго дитяти при наличности условій, указанныхъ въ ст. 240; 3) по непринятію наслѣдникомъ наслѣдства или по неявкѣ наслѣдниковъ; 4) при спорѣ противъ завѣщанія, когда завѣщанное имущество не поступило еще ни въ чье владѣніе; 5) при судебномъ раздѣлѣ, и 6) надъ имуществомъ отсутствующаго или безвѣстноотсутствующаго. Во всѣхъ этихъ случаяхъ субъектъ даннаго имущества пока еще неизвѣстенъ или не опредѣлился, или же по той или другой причинѣ фактически не можетъ завѣдывать своимъ имуществомъ. Попечитель назначается здѣсь, главнымъ образомъ, для охраны имущества. Ст. 246 постановляетъ, «что для завѣдыванія наслѣдствомъ, не принятымъ (еще?) наслѣдниками, попечитель назначается, хотя бы установленный въ статьѣ 1164 т. X ч. 1 шестимѣсячный срокъ не истекъ: 1) по

просьбѣ наслѣдниковъ по закону, или *наслѣдниковъ* (это слово можно бы исключить) по завѣщанію... или по непосредственному усмотрѣнію опекунскаго начальника, если учрежденіе попечительства представляется необходимымъ по тому положенію, въ которомъ находится наслѣдство». Какъ видно изъ объясненій къ этой статьѣ (объяснительная записка стр. 521 и 522) по просьбѣ наслѣдниковъ учрежденіе попечительства *обязательно,* а при отсутствіи такой просьбы опекунскій начальникъ *можетъ* назначить попечителя, если это необходимо... Сообразно съ этимъ слѣдовало бы изложить 2-ую часть ст. 246 такъ: «а если попечительство представляется необходимымъ по тому положенію, въ которомъ находится наслѣдство, то попечитель назначается по непосредственному усмотрѣнію опекунскаго начальника».

Проектъ, нормируя институтъ попечительства надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго, установляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ процедуру объявленія лица безвѣстно-отсутствующимъ, существенно отличающуюся отъ дѣйствующаго нынѣ порядка. Новый порядокъ представляется, на нашъ взглядъ, слишкомъ сложнымъ, растянутымъ и формальнымъ. Неопредѣленное положеніе имущества и весьма продолжительное отсутствіе настоящаго собственника его отражаются весьма вредно на всей совокупности хозяйственно-экономическихъ отношеній и нерѣдко подрываютъ въ корнѣ все хозяйство отсутствующихъ. Попечитель ни въ какомъ случаѣ не можетъ замѣнить собственника: задача попечителя, главнымъ образомъ, охранять имущество отъ растраты и разоренія, но не увеличивать или расширять его составъ посредствомъ хозяйственныхъ операцій и предпріятій. Въ виду этого слѣдовало бы, по возможности, сократить установленные проектомъ по производству дѣла о безвѣстномъ отсутствіи сроки. Такъ, можно было бы предоставить просить объ объявленіи лица безвѣстно-отсутствующимъ по истеченіи *трехъ* (а не пяти лѣтъ, какъ предположено ст. 261 проекта) лѣтъ со дня послѣдняго извѣстія объ отсутствующемъ. Публиковать резолюцію суда объ объявленіи (лица?) безвѣстно-отсутствующимъ въ періодическихъ изданіяхъ (ст. 268) совершенно, мнѣ кажется, излишне. Никакихъ юридическихъ послѣдствій такая публикація не имѣетъ; единственное послѣдствіе — это исчисленіе срока обжалованія, со дня послѣдней публикаціи, для лицъ, не принимавшихъ участія въ производствѣ (2 ч. ст. 269). Но всѣ заинтересованныя лица, несомнѣнно, будутъ знать о производящемся дѣлѣ уже изъ первой публикаціи, установленной ст. 264; вообще такой крупный фактъ, какъ неизвѣстность мѣста пребыванія лица въ теченіе весьма

продолжительнаго времени и возбужденіе о немъ дѣла о безвѣстномъ отсутствіи не можетъ ускользать отъ вниманія заинтересованныхъ лицъ. Они и будутъ слѣдить за ходомъ дѣла и будутъ имѣть возможность обжаловать своевременно постановленіе суда. Можно бы поэтому ограничиться публикаціею вступившаго въ законную силу постановленія объ объявленіи безвѣстно-отсутствующимъ (ст. 272). Эта публикація имѣетъ серьезныя юридическія послѣдствія, заключающіяся въ томъ, что со дня послѣдней публикаціи объявленіе лица безвѣстно-отсутствующимъ имѣетъ для его наслѣдниковъ и третьихъ лицъ тѣ же послѣдствія, какъ и его смерть (ст. 273), и что по истеченіи 6 мѣсяцевъ судъ утверждаетъ къ исполненію завѣщаніе безвѣстно-отсутствующаго и постановляетъ о передачѣ его имущества *во временное* владѣніе и пользованіе явившихся наслѣдниковъ по закону или по завѣщанію (ст. 275). Относительно этого послѣдняго постановленія слѣдуетъ замѣтить, что разъ объявленіе лица безвѣстно-отсутствующимъ имѣетъ тѣ же послѣдствія, какъ и его смерть, то наслѣдникамъ по закону или завѣщанію слѣдуетъ предоставить имущество въ *собственность*, а не во временное владѣніе. Если же впослѣдствіи предположеніе о смерти будетъ опровергнуто явкою безвѣстно-отсутствующаго, то его имущество или цѣна онаго должна быть ему возвращена (ст. 280). Того же взгляда держится австрійское уложеніе. По ст. 278 этого уложенія день, въ который объявленіе отсутствующаго умершимъ вступаетъ въ законную силу, считается днемъ его правовой смерти, но объявленіе его умершимъ не исключаетъ доказательства о томъ, что отсутствующій умеръ ранѣе или позже или что онъ еще живъ. Если это будетъ доказано, то съ тѣмъ, кто на основаніи судебнаго объявленія лица умершимъ принялъ имущество въ свое владѣніе, слѣдуетъ поступить, какъ съ добросовѣстнымъ владѣльцемъ. По нашему же проекту имущество передается наслѣдникамъ въ собственность только по истеченіи 10 лѣтъ со дня послѣдней публикаціи. Такимъ образомъ, если суммировать всѣ предлагаемые проектомъ сроки, то окажется, что 16 лѣтъ и даже больше вся экономическая сфера лица безвѣстно-отсутствующаго будетъ находиться въ застоѣ и судьба имущества будетъ неизвѣстна. Можно бы, пожалуй, для огражденія безвѣстно-отсутствующаго ограничить наслѣдниковъ на опредѣленный срокъ (напримѣръ, 5 лѣтъ) въ правѣ отчуждать или закладывать переданное имъ имущество, но не болѣе: они должны считаться собственниками имущества со дня вступленія въ законную силу судебнаго постановленія объ объявленіи лица безвѣстно-отсутствующимъ. По ст. 271 издержки по производству объ объявленіи

лица безвѣстно-отсутствующимъ, въ случаѣ удовлетворенія судомъ заявленнаго о томъ ходатайства, возмѣщаются изъ имущества безвѣстно-отсутствующаго. Слѣдовало бы также постановить, что въ случаѣ отказа въ ходатайствѣ издержки обращаются на просителя, кромѣ однако опекуна и попечителя и лица прокурорскаго надзора: въ послѣднихъ случаяхъ издержки принимаются на счетъ казны (ср. ст. 211, 223 и 229).

О ПОДСУДНОСТИ ГРАЖДАНСКИХЪ ДѢЛЪ КРЕСТЬЯНЪ.

Крестьянскій вопросъ въ послѣднее время все болѣе выдвигается и становится предметомъ изслѣдованія правительства, земства и печати. Учреждены мѣстныя коммиссіи по пересмотру крестьянскаго положенія 1861 года, снова поднятъ вопросъ о сельскомъ уставѣ, о всесословной волости (на московскомъ съѣздѣ сельскихъ хозяевъ), печать заговорила о пересмотрѣ положенія о земскихъ начальникахъ о перемѣнахъ въ волостномъ судѣ и т. д. При этомъ однако главное вниманіе обращено на экономическій бытъ крестьянъ, на ихъ самоуправленіе, на организацію и дѣятельность крестянскихъ учрежденій, преимущественно съ хозяйственно-административной стороны. Но гражданско-правовой бытъ крестьянъ и отношеніе къ нему нашего современнаго законодательства мало привлекаютъ вниманіе властей, земскихъ дѣятелей и публицистовъ. Труды Высочайше учрежденной коммиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ и основанныя на нихъ и на новѣйшихъ наблюденіяхъ изслѣдованія нашихъ юристовъ знакомятъ насъ съ юридическимъ бытомъ крестьянъ, *насколько онъ выражается въ мѣстныхъ обычаяхъ и народныхъ воззрѣніяхъ*, но вся сфера личныхъ и имущественныхъ отношеній крестьянъ, какъ они опредѣляются *писаннымъ, оффиціальнымъ правомъ*, остается почти неизслѣдованною. Равнымъ образомъ, мы не имѣемъ яснаго представленія о томъ, какъ и кѣмъ охраняется правовой бытъ крестьянъ, какъ организована въ законѣ судебная защита по крестьянскимъ дѣламъ и какой принципъ управляетъ подсудностью этихъ дѣлъ, а между тѣмъ эти вопросы заслуживаютъ серьезнаго вниманія по тѣсной связи ихъ съ экономическимъ благосостояніемъ всего крестьянскаго населенія.

Съ освобожденіемъ многомилліоннаго крестьянскаго состоянія изъ крѣпостной зависимости народилось и не перестаетъ понынѣ нарождаться много новыхъ отношеній частно-правового характера, урегулированіе и охрана которыхъ составляютъ предметъ законодательныхъ работъ. Жизненность и прочность этихъ отношеній находятся въ прямой зависимости отъ цѣлесообразности и соотвѣтствія съ ними тѣхъ средствъ, которыми они оберегаются и защищаются. Великій актъ освобожденія крестьянъ создалъ новыхъ правоспособныхъ и дѣеспособныхъ лицъ и тѣмъ самымъ широко раздвинулъ предѣлы и объемъ ихъ частно-правовыхъ отношеній. Съ появленіемъ новыхъ субъектовъ правъ открылась новая сфера юридическихъ отношеній, которую трудно было пріурочить къ старымъ понятіямъ и институтамъ права. Нашъ общій правовой порядокъ и гражданское законодательство исторически складывались при существованіи крѣпостного права, когда все населеніе раздѣлялось на два рѣзко разграниченныхъ между собою класса людей: свободныхъ и несвободныхъ. Наше дореформенное законодательство во многомъ не соотвѣтствовало новой формаціи отношеній, которая открылась съ дарованіемъ свободы крестьянскому населенію. Такое положеніе вещей вызвало необходимость въ созиданіи цѣлой системы новыхъ юридическихъ нормъ, которыя формулированы въ «положеніяхъ о крестьянахъ». Но въ нихъ преобладаетъ экономически-фискальный интересъ, на немъ главнымъ образомъ сосредоточены заботы законодателя. «Обезпеченіе быта крестьянъ и исправное выполненіе ими обязанностей передъ правительствомъ и помѣщикомъ» составляетъ основную идею, къ реальному осуществленію которой направлена большая часть законоположеній о крестьянахъ.

Извѣстно, что одинъ изъ видныхъ факторовъ общественнаго и индивидуальнаго благосостоянія—это хорошо организованный судъ, основанный на началѣ правды и справедливости. Всякій общественный союзъ, состоящій изъ полноправныхъ индивидовъ, можетъ правильно функціонировать лишь тогда, когда судебная власть охраняетъ, въ равной степени, неприкосновенность каждаго изъ членовъ союза, когда имущественныя его права, въ случаѣ нарушенія, немедленно возстановляются. Этимъ объясняется соціологическій законъ, въ силу котораго, параллельно съ прогрессивнымъ ростомъ общества, съ накопленіемъ въ немъ матеріальныхъ и духовныхъ благъ, ростетъ и совершенствуется охраняющій эти блага судъ. У насъ судебная реформа вызвана была къ жизни, когда въ общественномъ сознаніи созрѣло убѣжденіе въ равноправности всѣхъ передъ закономъ, въ отсталости сословнаго, приказнаго суда, не отвѣчавшаго новымъ по-

требностямъ и воззреніямъ. Но судебная реформа, несмотря на ея высокія и неоцѣнимыя достоинства, оказывается несравненно болѣе благодѣтельною, какъ убѣждаетъ опытъ, для другихъ слоевъ нашего общественнаго организма, чѣмъ для *крестьянскаго населенія*, при современныхъ условіяхъ его быта. Это повидимому парадоксальное положеніе выяснится, надѣюсь, при послѣдующемъ изложеніи. Я разумѣю главнымъ образомъ гражданскую юстицію, какъ она формулирована въ судебныхъ уставахъ 20 ноября 1864 года. Замѣчу теперь же, что сложный формализмъ современной нашей гражданской юстиціи не согласуется съ культурою, правосознаніемъ и экономическимъ строемъ крестьянъ и что поэтому необходимо или упорядочить крестьянскій, народный судъ и главнымъ образомъ со стороны его организаціи, страдающей крупными недостатками, или упростить процедуру въ общихъ судахъ, при производствѣ крестьянскихъ дѣлъ. Безъ этого, имущественные интересы крестьянскаго населенія будутъ еще долго оставаться безъ надлежащей охраны и защиты. Съ цѣлью содѣйствовать изученію вопроса о судебной защитѣ гражданскихъ дѣлъ крестьянъ, попытаюсь разсмотрѣть вопросъ о подсудности означенныхъ дѣлъ, т. е. юрисдикціи какихъ судовъ и учрежденій подлежитъ та или другая группа крестьянскихъ дѣлъ, на основаніи дѣйствующаго законодательства (пол. о крест. и врем. правилъ 12 іюля 1889 г. о волост. судѣ).

При изслѣдованіи этого предмета, укажу на недостатки относящихся къ нему юридическихъ нормъ и на тѣ измѣненія, которыя слѣдовало-бы предпринять предстоящему законодательству.

Въ настоящее время существуютъ *двѣ* системы волостныхъ судовъ и правилъ объ ихъ юрисдикціи: одна (новая) для мѣстностей, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ (временныя правила 12 іюля 1889 г. о волостномъ судѣ), другая (старая) для остальныхъ мѣстностей. Существенное отличіе волостного суда, дѣйствующаго на основаніи общаго пол. о кр., отъ реформированнаго волостного суда со стороны его организаціи заключается въ томъ, что для занятія должности судьи въ первомъ требуется только избраніе его волостнымъ сходомъ (ст. 93 общ. пол.); во второмъ судѣ избраніе на должность судьи обставлено извѣстными условіями, причемъ въ устройствѣ суда и въ его дѣятельности принимаютъ участіе земскій начальникъ и уѣздный съѣздъ. Такъ, каждое сельское общество избираетъ одного кандидата въ волостные судьи (общее ихъ число должно быть не менѣе 8); изъ нихъ земскій начальникъ *утверждаетъ* 4 на 3 года, а остальныхъ назна-

чаетъ кандидатами къ судьямъ на тотъ же срокъ. На должность судьи избираются крестьяне-домохозяева, достигшіе 30 лѣтъ отъ роду, пользующіеся уваженіемъ своихъ односельцевъ и, *по возможности*, грамотные; волостной судъ состоитъ изъ 4 судей; изъ нихъ *уѣздный съѣздъ* избираетъ предсѣдателя; обязанности его могутъ быть возложены съѣздомъ и на *мѣстнаго волостного старшину*. Ближайшій и непосредственный надзоръ за волостнымъ судомъ возлагается на мѣстнаго земскаго начальника (ст. 1—13 временныхъ правилъ о волостномъ судѣ). Съ этимъ находится въ связи и отличіе въ юрисдикціи волостного суда того и другого типа. Разсмотримъ подробнѣе предметы вѣдомства каждаго изъ нихъ отдѣльно. Для удобства и послѣдовательности изложенія раздѣлю всѣ гражданскія дѣла крестьянъ на двѣ группы: а) исковыя дѣла бывшихъ помѣщичьихъ и государственныхъ крестьянъ и б) неисковыя дѣла тѣхъ же крестьянъ. Укажу прежде всего на нѣкоторыя общія начала, фиксированныя въ законодательствѣ о крестьянахъ и вліяющія (прямо или косвенно) на подчиненіе крестьянскихъ дѣлъ компетенціи *крестьянскихъ учрежденій*, въ томъ числѣ и волостныхъ судовъ, или *общихъ* судебныхъ мѣстъ. Я только имѣю въ виду констатировать эти начала, не подвергая ихъ критическому разбору, такъ какъ это выходитъ изъ предѣловъ настоящаго изслѣдованія.

1) Автономическое устройство крестьянской общины, состоящее въ томъ, что общественное управленіе основано на выборномъ началѣ и формируется исключительно изъ лицъ крестьянскаго сословія. Во главѣ всего общиннаго строя стоитъ міръ, представителемъ интересовъ котораго является сельскій сходъ, который, между прочимъ, избираетъ изъ своей среды сельскихъ должностныхъ лицъ, какъ исполнительныхъ органовъ сельскаго самоуправленія. Міръ, въ лицѣ сельскаго схода, путемъ выбора назначаетъ также выборныхъ на волостной сходъ, вѣдѣнію котораго, между прочимъ, подлежитъ выборъ волостныхъ должностныхъ лицъ и судей волостного суда. Судебная функція, слѣдовательно, предоставлена выборнымъ лицамъ, принадлежащимъ къ крестьянскому сословію той же волости, къ которой принадлежатъ сами избиратели (ст. 51 п. 1, 71, 78 п. 1 и 93 общ. полож.; по «времен. прав.» вол. судьи утверждаются зем. начальниками).

2) Зависимость каждаго отдѣльнаго члена отъ своего сельскаго общества въ сферѣ не только имущественныхъ, но и личныхъ правъ. Отъ сельскаго общества зависитъ увольненіе своего члена, пріемъ новаго члена и временное устраненіе его отъ участія въ сходахъ;

оно составляетъ приговоры объ удаленіи изъ общества вредныхъ и порочныхъ членовъ, которые, до утвержденія приговора установленнымъ порядкомъ, могутъ быть содержимы подъ стражею (ст. 51 п. 2 и 3 и примѣч. 4 къ этой статьѣ общ. пол., 34 и 35 пол. зем. нач.). Въ имущественной сферѣ подчиненность отдѣльнаго крестьянина міру выражается въ правѣ сельскаго общества (въ лицѣ схода) на передѣлъ общинныхъ земель, накладку и скидку тяголъ, раздѣлъ общинныхъ земель на постоянные участки, и т. п. (п. 6 ст. 51 общ. пол.). Господство общества надъ отдѣльнымъ членомъ своимъ не прекращается и послѣ перехода крестьянъ въ разрядъ собственниковъ и уплаты обществомъ или отдѣльнымъ домохозяиномъ выкупной ссуды и государственнаго оброка. Право крестьянина уступать свое участіе въ общемъ владѣніи собственностью другому лицу обусловлено согласіемъ міра; равнымъ образомъ, ограничено право крестьянина требовать выдѣла ему въ отдѣльную собственность принадлежащей ему части земли (ст. 35—37 общ. пол., ст. 159, 160, 164 и 165 пол. о выкупѣ и законъ 14 декабря 1893 г.).

3) Въ связи съ этимъ стоитъ право сельскаго общества назначать сборы на мірскіе расходы, раскладывать между крестьянами всѣ лежащія на нихъ казенныя подати, земскіе и мірскіе денежные сборы и натуральныя повинности (п. 10 и 11 ст. 51 и 169 общ. пол.). Сельское общество, какъ совокупность податныхъ и платежныхъ единицъ, само распредѣляетъ податную тяжесть между своими членами, а платежная способность каждаго крестьянина измѣряется степенью его способности къ труду и экономическимъ его благосостояніемъ. Изъ этого фискальнаго отношенія общества къ каждому изъ своихъ членовъ рождается надзоръ и контроль міра надъ всѣми видоизмѣненіями въ личномъ составѣ каждой крестьянской семьи и въ крестьянскомъ хозяйствѣ, а это, въ свою очередь, вліяетъ на свободу распоряженія крестьянскимъ трудомъ и имуществомъ и на всю юридическую дѣятельность каждаго отдѣльнаго домохозяина.

4) Круговая порука цѣлаго общества или отвѣтственность всѣхъ за каждаго въ исправномъ отбываніи казенныхъ, земскихъ и мірскихъ повинностей. Это начало, въ свою очередь, не менѣе предъидущаго порождаетъ вмѣшательство міра и его органовъ въ хозяйственный бытъ каждаго отдѣльнаго домохозяина, съ цѣлью предупрежденія неисправности въ платежѣ податей и исполненіи разныхъ повинностей. Въ силу круговой поруки, общество въ правѣ принимать относительно неисправныхъ плательщиковъ весьма строгія мѣры взысканія (ст. 187 и 188 общ. полож.).

5) Дѣйствіе въ крестьянскомъ быту юридическихъ обычаевъ, выражающихъ народныя воззрѣнія на право и справедливость и обнаруживающихся преимущественно въ институтахъ семейнаго и наслѣдственнаго права. Вліяніе этихъ некодифицированныхъ обычаевъ и воззрѣній на установленіе и прекращеніе юридическихъ отношеній несомнѣнно. Фактъ существованія и примѣненія въ крестьянской средѣ нормъ обычнаго права признанъ самимъ закономъ въ положеніяхъ о крестьянахъ (ст. 38, 107 общ. пол., 166 пол. о выкупѣ и др.).

Указанныя общія начала придаютъ своеобразный характеръ многимъ явленіямъ въ правовой жизни крестьянъ и освѣщаютъ нѣкоторыя особенности въ ихъ судебныхъ дѣлахъ. Этими началами объясняются также направленіе и дѣятельность народныхъ судовъ, распространяющихъ свою юрисдикцію за предѣлы, указанные въ законѣ, и руководствующихся при рѣшеніи многихъ дѣлъ хозяйственно—административными и фискальными соображеніями.

I.

Обязательная юрисдикція (въ отличіе отъ добровольной) волостнаго суда, относительно гражданскихъ дѣлъ, въ мѣстностяхъ, въ которыхъ не введено пол. о зем нач., опредѣлена въ ст. 96 общаго положенія о крестьянахъ (особое прил. къ т. IX законовъ о состояніяхъ, изд. 1876 г.). «Волостной судъ рѣшаетъ окончательно: всѣ споры и тяжбы собственно между крестьянами, цѣною до ста рублей включительно, какъ о недвижимомъ и движимомъ имуществахъ, въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла, такъ и по займамъ, покупкамъ, продажамъ и всякаго рода сдѣлкамъ и обязательствамъ, а равно и дѣла по вознагражденію за убытки и ущербъ, крестьянскому имуществу причиненные». Такимъ образомъ, подсудность крестьянскихъ дѣлъ волостному суду опредѣляется: а) сословнымъ началомъ т. е. принадлежностью тяжущихся къ крестьянскому сословію; б) цѣною спора или тяжбы, которая не должна превышать 100 руб.; в) нахожденіемъ недвижимаго и движимаго имуществъ, составляющихъ предметъ тяжбы, въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла. Сословное начало находится въ связи со всѣмъ современнымъ строемъ крестьянскаго быта и съ системою крестьянскаго самоуправленія. Въ такой же связи находится крестьянскій надѣлъ, какъ объектъ спора или тяжбы. Законъ признаетъ, что отношеніе крестьянскаго общества къ отведенному ему надѣлу и къ каждому изъ своихъ членовъ таково, что всякое измѣненіе въ составѣ сего надѣла или владѣльцевъ

его неизбѣжно отражается на интересахъ всего общества, на сферѣ его правъ и обязанностей. Поэтому и разборъ тяжбъ и споровъ между крестьянами, касающихся этого надѣла, отнесенъ къ вѣдѣнію общества, въ лицѣ избираемыхъ имъ волостныхъ судей (ср. гр. кас. рѣш. 1867 г. № 20), но и въ этомъ случаѣ цѣна иска не должна превышать 100 руб. Здѣсь замѣчается уклоненіе отъ принципа: если законъ призналъ за крестьянскимъ надѣломъ такое особое свойство, въ силу котораго касающіеся его споры подлежатъ разсмотрѣнію волостнаго суда, то это свойство должно сохраниться, независимо отъ цѣны спора, и компетенція волостнаго суда въ этихъ дѣлахъ не должна бы обусловливаться цѣною иска. Соображеніе о томъ, что въ большинствѣ случаевъ имущество каждаго отдѣльнаго домохозяина не превышаетъ 100 руб., чисто проблематическое, и вообще принципъ цѣны иска во многихъ случаяхъ не совпадаетъ съ жизненною обстановкою крестьянъ.

Разсматриваемая ст. 96 общ. пол. перечисляетъ предметы вѣдомства волостнаго суда, но она не выставляетъ принципіальнаго критерія для разграниченія компетенціи народнаго суда отъ компетенціи другихъ судовъ. Несмотря на подробный перечень предметовъ вѣдомства, ст. 96 возбуждаетъ сомнѣніе относительно нѣкоторыхъ правъ, могущихъ служить основаніемъ споровъ и тяжбъ между крестьянами. Такъ, споръ или тяжба можетъ имѣть своимъ основаніемъ право собственности, одно только право владѣнія или пользованія, или иное право на недвижимое имущество, право участія въ недвижимомъ имуществѣ или нарушенное владѣніе; далѣе, могутъ быть споры наслѣдниковъ между собою или противъ подлинности и дѣйствительности духовныхъ завѣщаній; иски о раздѣлѣ наслѣдства или общаго имущества могутъ касаться какъ недвижимаго, такъ и движимаго имущества. Спрашивается, подсудны ли подобныя дѣла волостному суду? То же самое относительно дѣлъ объ убыткахъ, которыя могутъ быть причинены не только «крестьянскому имуществу», но и лицу крестьянина, тѣмъ или другимъ дѣяніемъ или упущеніемъ, и количество этихъ убытковъ можетъ быть неизвѣстно во время предъявленія иска. Эти вопросы попытаюсь выяснить въ своемъ мѣстѣ, при разсмотрѣніи другихъ законоположеній, касающихся изслѣдуемаго предмета. Но отсюда видна неполнота ст. 96 и недостатки ея изложенія. Въ этомъ отношеніи, редакція ст. 96 во многомъ уступаетъ статьямъ 29 и 31 уст. гр. суд., опредѣляющимъ компетенцію мировой юстиціи, статьямъ 1489—1492 уст. гр. суд., въ которыхъ точно и принципіально очерченъ кругъ вѣдомства мировыхъ судей и

гминныхъ судовъ въ Варшав. округѣ, и ст. 7—9 правилъ о производствѣ гражд. дѣлъ въ волостныхъ судахъ прибалтiйскихъ губ. По ст. 97 общ. пол., если дѣло превышаетъ сумму, въ ст. 96 означенную, или тяжба касается недвижимаго имущества, прiобрѣтеннаго крестьянами въ собственность внѣ надѣла, а также, если участвуютъ въ тяжбѣ лица другихъ состоянiй, то во всѣхъ сихъ случаяхъ, по требованiю одной изъ сторонъ, дѣло подлежитъ разсмотрѣнiю общихъ судебныхъ мѣстъ, на точномъ основанiи законовъ. Повидимому ст. 97 существенно измѣняетъ смыслъ предшествующей ст. 96 и даже противорѣчитъ ей. По смыслу ст. 96, дѣла, превышающiя 100 руб., или касающiяся недвижимаго имущества внѣ надѣла или дѣла, въ которыхъ участвуютъ лица другихъ состоянiй, *безусловно* изъяты изъ обязательной юрисдикцiи волостнаго суда, а между тѣмъ, по ст. 97 всѣ эти дѣла подлежатъ разсмотрѣнiю общихъ судебныхъ мѣстъ *лишь по требованiю одной изъ сторонъ,* изъ чего слѣдуетъ заключить, что при отсутствiи такого требованiя означенныя дѣла подсудны волостному суду, такъ что судъ самъ не возбуждаетъ вопроса о подсудности, а только по требованiю стороны не принимаетъ дѣла къ своему разсмотрѣнiю. Такое требованiе имѣло бы значенiе отвода о подсудности. Но такому, повидимому логическому выводу противорѣчитъ ст. 98 общ. пол., по которой окончательному рѣшенiю волостнаго суда подлежатъ всѣ, безъ ограниченiя цѣною иска, между крестьянами споры и тяжбы, которые тяжующiяся стороны *предоставятъ* рѣшенiю волостнаго суда. Споры и тяжбы, въ коихъ кромѣ крестьянъ участвуютъ и постороннiя лица, могутъ быть также, по желанiю тяжущихся сторонъ, представляемы окончательному рѣшенiю волостнаго суда. Эта статья установляетъ добровольную юрисдикцiю волостнаго суда по *всѣмъ* дѣламъ; для этого требуется согласiе сторонъ на разсмотрѣнiе дѣла волостнымъ судомъ, каковое согласiе должно быть выражено сторонами положительно и оно заносится въ книгу, установленную для записки рѣшенiй и приговоровъ волостнаго суда (ст. 5 прил. къ ст. 109 общ. пол.). Впрочемъ, такое явно выраженное согласiе не требуется закономъ безусловно; оно требуется въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда по этому предмету сдѣлано распоряженiе губернскими по крестьянскимъ дѣламъ присутствiями (тамъ же). Но, во всякомъ случаѣ, при отсутствiи согласiя сторонъ на разборъ дѣла волостнымъ судомъ—онъ не компетентенъ принять къ своему разсмотрѣнiю дѣла, выходящiя изъ предѣловъ, обозначенныхъ въ ст. 96. Отсюда слѣдуетъ, что ст. 97 не ослабляетъ дѣйствiя ст. 96, а выражаетъ только ту мысль, что дѣла, выходящiя изъ юрис-

дикціи волостныхъ судовъ, подлежатъ разсмотрѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ, *по просьбѣ одной изъ сторонъ*. Но это есть не что иное, какъ повтореніе основнаго положенія гражданскаго процесса, выраженнаго въ ст. 4 уст. гр. суд., что судъ приступаетъ къ разсмотрѣнію дѣла не иначе, какъ по просьбѣ о томъ лицъ, до коихъ дѣло касается (ne procedat judex ex officio). Такимъ образомъ, ст. 97, не внося ничего новаго, представляется совершенно излишнею (ср. мнѣніе Оршанскаго по этому вопросу въ ст. «Народный судъ и народное право» въ Жур. гр. и уг. права 1875 г. кн. III стр. 65 и 66).

Кромѣ предметовъ вѣдомства, перечисленныхъ въ ст. 96 общ. пол., по дѣламъ гражданскимъ, возникающимъ изъ договоровъ о наймѣ на сельскія работы, *нанимателямъ предоставляется* обращаться съ исками къ рабочимъ въ волостные и другіе крестьянскіе суды. Дѣла эти подлежатъ разбирательству означенныхъ судовъ въ предѣлахъ предоставленной имъ власти (прим. къ ст. 95 общ. пол. по прод. 1890 г.). Такимъ образомъ, отъ воли нанимателя (хотя и некрестьянскаго сословія) зависитъ обращаться съ искомъ къ рабочему въ волостной (крестьянскій) или другой (некрестьянскій) судъ (на это указываетъ выраженіе «предоставляется»), но рабочій не можетъ предъявлять искъ къ нанимателю (некрестьянскаго сословія) въ крестьянскій судъ (ст. 97 общ. пол.). Въ общ. пол. о крестьянахъ встрѣчается также постановленіе, напоминающее такъ наз. исполнительный или понудительный процессъ (Executions-process) или понудительное исполненіе по актамъ. По 7 п. 58 ст. сельскій староста (а по смыслу прим. 1 къ ст. 84 и волостной старшина) понуждаетъ къ исполненію условій и договоровъ крестьянъ между собою, а равно заключенныхъ съ помѣщиками и посторонними лицами, когда такіе договоры не оспариваются самими крестьянами. Законъ обусловливаетъ компетенцію сельскаго старосты не-оспариваніемъ договора самими крестьянами. Изъ заключительныхъ словъ закона несомнѣнно слѣдуетъ, что понужденіе со стороны сельскаго старосты относится къ такимъ только условіямъ и договорамъ (письменнымъ и словеснымъ), въ которыхъ обязавшеюся стороною являются крестьяне, и на нихъ только простирается понудительная власть старосты. Участниками договора или обязательства, имѣющими право требовать исполненія, могутъ быть какъ крестьяне, такъ и помѣщики и посторонніе лица. Компетенція сельскаго старосты не ограничена ни предметомъ условія или договора, ни цѣною его, лишь бы только требованіе было основано на договорѣ. Конечно, юрисдикція сельскаго старосты или волостнаго старшины ограничивается территоріею села или волости,

въ которой онъ состоитъ старостою или старшиною и въ которой живетъ обязавшійся къ исполненію чего-либо крестьянинъ. Законъ не опредѣляетъ, какими способами староста понуждаетъ къ исполненію договора, но нѣтъ сомнѣнія, что въ этомъ случаѣ онъ будетъ дѣйствовать точно такъ же, какъ при исполненіи рѣшеній волостнаго суда (ст. 83 п. 8 и ст. 110 общ. пол.). Если при требованіи сельскимъ старостою исполненія договора крестьянинъ заявитъ споръ, то тѣмъ самымъ дѣятельность старосты прекращается и дѣло, какъ всякій споръ о правѣ, подлежитъ разсмотрѣнію волостнаго суда или общихъ судебныхъ мѣстъ, по правиламъ о подсудности. Компетенція сельскаго старосты или волостнаго старшины не распространяется также на требованіе вознагражденія за причиненные вредъ и убытки, какъ это явствуетъ изъ приведеннаго 7 п. ст. 58 общ. пол. Такое упрощенное, свободное отъ всякихъ формальностей, скорое и доступное, понудительное производство дѣлъ у сельскаго старосты или волостнаго старшины, заслуживаетъ вниманія при предстоящей реформѣ крестьянскаго самоуправленія.

Кромѣ помянутой добровольной юрисдикціи волостнаго суда, законъ допускаетъ добровольную юрисдикцію третейскаго суда. По всѣмъ дѣламъ, безъ ограниченія ихъ цѣною, крестьяне, какъ одной, такъ и разныхъ волостей, могутъ обращаться по взаимному согласію къ третейскому, по совѣсти, суду, не стѣсняясь никакими формами (ст. 99 общ. пол.). Но компетенція третейскаго суда не распространяется на дѣла, съ которыми соединено преступленіе или проступокъ и сопряжена польза малолѣтнихъ и умалишенныхъ (тамъ же). Такія дѣла подчиняются *правиламъ* о подсудности волостнымъ или общимъ судамъ, изложеннымъ въ ст. 96—98 общ. пол.

Временныя правила о волостномъ судѣ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ начальникахъ, значительно расширяютъ компетенцію волостного суда, какъ относительно подсудныхъ ему лицъ, такъ и относительно предметовъ вѣдомства. Дѣйствію означенныхъ правилъ подчинены не одни лица сельскаго состоянія, но и мѣщане, посадскіе, ремесленники и цеховые, имѣющіе постоянное жительство въ селеніяхъ, сохраняя, однако, всѣ права, лично и по состоянію имъ присвоенныя (Выс. утв. 12 іюля 1889 г. Мн. Гос. Сов., ст. VIII). Изъ гражданскихъ дѣлъ вѣдомству волостного суда подлежатъ: 1) споры и тяжбы между крестьянами о недвижимомъ имуществѣ, входящемъ въ составъ крестьянскаго надѣла; 2) всякаго рода споры и тяжбы между лицами, подвѣдомственными волостному суду, цѣною до 300 руб., за исключеніемъ споровъ о

правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимостью, основанномъ на крѣпостныхъ или явочныхъ актахъ; 3) означенные въ п. 2 споры и тяжбы, предъявляемые къ лицамъ, подвѣдомственнымъ волостному суду, истцами, сему суду неподвѣдомственными, въ томъ случаѣ, когда послѣдніе пожелаютъ разбираться въ волостномъ судѣ; 4) дѣла по наслѣдованію и раздѣламъ между наслѣдниками крестьянскаго имущества: а) безъ ограниченія суммы, когда наслѣдственное имущество входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла, а движимость составляетъ принадлежность этого надѣла, и б) когда наслѣдственное имущество, находящееся въ предѣлахъ волости, хотя и не входитъ въ составъ крестьянскаго надѣла, но цѣнность эта не превышаетъ 500 руб. (ст. 15). Такимъ образомъ, волостному суду подсудны: а) какъ *исковыя*, такъ и *неисковыя дѣла* (такъ наз. *охранительныя:* по наслѣдованію и раздѣламъ), если предметомъ ихъ является *крестьянскій надѣлъ* или *его принадлежности*, безъ ограниченія этихъ дѣлъ какою либо суммою; б) всякаго рода исковыя дѣла о движимомъ (въ томъ числѣ и денежные иски) и недвижимомъ имуществѣ, цѣною до 300 руб., за исключеніемъ исковъ о правѣ собственности или о правѣ на владѣніе недвижимостью, если оно основано на формальномъ актѣ; в) неисковыя дѣла (о наслѣдованіи и раздѣлѣ), имѣющія предметомъ крестьянское имущество (ненадѣльное), находящееся въ предѣлахъ волости, цѣною не свыше 500 руб. Субъектами *исковыхъ* и неисковыхъ дѣлъ первой группы (а) могутъ быть только отдѣльные *крестьяне* и крестьянскія общества (послѣднія, какъ юридическія лица, дѣйствуютъ чрезъ своихъ уполномоченныхъ; см. цирк. указъ Прав. Сен. 29 октября 1894 г.), такъ какъ дѣла эти касаются крестьянскаго надѣла. Субъектами исковыхъ дѣлъ третьей группы (в) и исковыхъ дѣлъ второй группы (б) могутъ быть вообще лица, подвѣдомственныя волостному суду (крестьяне, мѣщане, посадскіе, ремесленники и цеховые, постоянно живущіе въ селеніяхъ), такъ какъ эти дѣла касаются внѣнадѣльнаго имущества; кромѣ того законъ *допускаетъ* производство въ волостномъ судѣ дѣлъ, указанныхъ во 2 п. ст. 15, по искамъ, предъявленнымъ лицами, неподвѣдомственными волостному суду (напр. купцами и дворянами); это зависитъ отъ ихъ усмотрѣнія (разумѣется, при личной подсудности отвѣтчиковъ волостному суду).

На первый взглядъ расширеніе юрисдикціи волостного суда представляется цѣлесообразнымъ: этотъ судъ близокъ къ населенію, онъ дешевъ, простъ и рѣшаетъ дѣла скоро. Но есть ли гарантія въ томъ, что рѣшенія его будутъ правильны и справедливы? Со введеніемъ

Положенія 12 іюля 1889 года автономическій складъ крестьянской общины измѣнился, и это неминуемо отразилось на крестьянской юстиціи. Самостоятельность волостного суда поколеблена дискреціонной властью земскаго начальника; вліяніе его проявляется въ направленіи и рѣшеніи дѣлъ. Ст. 62 Пол. даетъ земскому начальнику весьма широкія полномочія относительно всѣхъ должностныхъ лицъ сельскаго и волостного управленія, въ томъ числѣ и волостныхъ судей; онъ можетъ устранять ихъ отъ должности, представлять о совершенномъ увольненіи ихъ отъ службы, подвергать ихъ разнымъ взысканіямъ «*безъ всякаго формальнаго производства*». Земскій начальникъ можетъ въ извѣстныхъ случаяхъ остановить исполненіе рѣшенія волостного суда, хотя бы и не было жалобы участвующихъ въ дѣлѣ лицъ (ст. 20 врем. прав.). Зависимость суда проявляется и въ томъ, что онъ приступаетъ къ разбору дѣлъ между прочимъ по просьбѣ или жалобѣ, поданной зем. начальнику (она можетъ быть и словесная), а жалобы на рѣшенія вол. суда приносятся зем. начальнику для представленія въ уѣздный съѣздъ, при чемъ представленіе извѣстнаго рода жалобъ зависитъ отъ взгляда на дѣло зем. начальника (ст. 22, 30 и 31 врем. прав.). Слѣдуетъ еще замѣтить, что волостные судьи *утверждаются* въ должности земскимъ начальникомъ и что уѣздный съѣздъ можетъ возложить обязанности предсѣдателя суда на мѣстнаго волостного старшину (ст. 1, 2 врем. прав.; въ послѣднемъ случаѣ, какъ и въ самомъ институтѣ зем. нач., допускается соединеніе въ одномъ лицѣ административной и судебной власти). Отъ волостныхъ судей, какъ прежде, такъ и теперь, никакого образовательнаго ценза не требуется (выраженіе «по возможности грамотные», очевидно, не обозначаетъ образовательнаго ценза). Не рискованно ли послѣ этого отдавать въ руки такихъ лицъ, лишенныхъ первѣйшихъ атрибутовъ судей, вѣсы правосудія вообще, а въ особенности, когда на нихъ кладутся дѣла довольно вѣскія? Правда, временныя правила, раздвинувъ рамки волостной подсудности, вводятъ вмѣстѣ съ тѣмъ институтъ апелляціи (по прежнему закону всѣ рѣшенія волостныхъ судовъ—*окончательныя)*, но апелляціонный судъ въ лицѣ уѣзднаго съѣзда ни по составу своему, ни по примѣняемымъ имъ нормамъ права не отвѣчаетъ условіямъ и потребностямъ народнаго суда. При этомъ я долженъ оговориться, что здѣсь я только регистрирую несообразности и слабыя стороны реформированнаго волостного суда, но не касаюсь его деталей и не предлагаю новыхъ мѣръ de lege ferendae (см. «Замѣтки о врем. прав. о вол. судѣ» Путилова въ жур. Спб. юрид. общества за 1895 годъ,

сентябрь и мою статью «Объ обжалованіи рѣшеній преобразованнаго вол. суда» въ Суд. газ. за 1891 г. №№ 45—48).

Судебныя функціи по крестьянскому землевладѣнію предоставлены также, какъ увидимъ, другимъ крестьянскимъ учрежденіямъ, созданнымъ положеніями о крестьянахъ и о земскихъ участковыхъ начальникахъ. Мы имѣемъ *три* типа такихъ учрежденій: а) мировые посредники, уѣздные мировые съѣзды и губернскія по крестьянскимъ дѣламъ присутствія — въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены земскія и мировыя судебныя учрежденія; б) тамъ, гдѣ эти учрежденія введены, мировые посредники и ихъ съѣзды замѣнены уѣздными по крестьянскимъ дѣламъ присутствіями и непремѣнными членами сихъ присутствій; в) земскіе участковые начальники, уѣздные съѣзды и губернскія присутствія.

Система крестьянскаго землевладѣнія и формы его (общинный, участковый или подворный), господство міра надъ каждымъ, входящимъ въ составъ его членомъ, круговая порука и отвѣтственность міра за исправное выполненіе крестьянами денежныхъ и натуральныхъ повинностей, способъ надзора надъ крестьянскимъ самоуправленіемъ и весь строй крестьянскихъ учрежденій, начиная отъ сельскаго старосты и восходя до губернскихъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствій (или губ. присутствій)—всѣ эти элементы крестьянскаго быта, какъ упомянуто было выше, должны быть постоянно въ виду при изученіи вопроса о подвѣдомственности крестьянскихъ дѣлъ. Безъ этого трудно было-бы, между прочимъ, понять, отчего по многимъ дѣламъ, касающимся крестьянскаго землевладѣнія, рѣшающая въ случаѣ спора власть предоставлена административнымъ крестьянскимъ учрежденіямъ (мировому посреднику, съѣзду, непремѣнному члену, уѣздному и губернскому по крестьянскимъ дѣламъ присутствіямъ). По идеѣ составителей Положеній о кр., эти учрежденія, близко поставленныя къ крестьянамъ, знакомыя съ ихъ бытомъ, съ господствующими у нихъ формами землевладѣнія, съ отношеніями ихъ къ прежнему помѣщику и къ казнѣ, успѣшнѣе и основательнѣе могутъ разрѣшать многіе возникающіе у крестьянъ споры, съ соблюденіемъ сопряженныхъ съ этими дѣлами интересовъ міра, помѣщика и правительства, нежели общія судебныя мѣста. Составители Положеній утвердились на той мысли, что формализмъ и устройство общихъ судебныхъ мѣстъ часто не соотвѣтствуютъ указаннымъ особенностямъ экономическаго и юридическаго быта крестьянскаго населенія.

Каждый членъ сельскаго общества можетъ требовать, чтобы изъ состава земли, пріобрѣтенной въ общественную собственность *(независимо отъ надѣла)*, былъ ему выдѣленъ, въ частную собствен-

ность, участокъ, соразмѣрный съ долею его участія въ пріобрѣтеніи сей земли. Если такой выдѣлъ окажется неудобнымъ или невозможнымъ, то обществу представляется удовлетворить крестьянина, желающаго выдѣлиться, деньгами, по взаимному соглашенію, или по оцѣнкѣ. Разборъ могущихъ возникать въ сихъ случаяхъ споровъ, предоставляется уѣздному по крестьянскимъ дѣламъ присутствію, уѣздному мировому или же уѣздному съѣзду по принадлежности (ст. 34—36 и прим. общ. полож., 83 пол. зем. уч. нач.). Компетенція тѣхъ же крестьянскихъ учрежденій распространяется на такіе же споры, относящіеся къ *крестьянскому надѣлу*, пріобрѣтенному крестьянами въ собственность, съ пособіемъ отъ правительства. Это вытекаетъ изъ смысла ст. 37, касающейся крестьянскаго надѣла и ссылающейся на предшествующія ст. 33—36 положенія. Равнымъ образомъ, споръ между отдѣльнымъ крестьяниномъ и цѣлымъ сельскимъ обществомъ можетъ касаться выдѣла причитающагося крестьянину участка изъ земельнаго надѣла, пріобрѣтеннаго въ общественную собственность, *послѣ уплаты выкупной ссуды*. По ст. 159 полож. о выкупѣ, по уплатѣ выкупной ссуды, на выкупленныя земли распространяются правила, установленныя въ общемъ положеніи о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости, въ отношеніи земель, пріобрѣтенныхъ сими крестьянами въ собственность. Слѣдовательно, и въ этомъ случаѣ, къ спорамъ отдѣльныхъ крестьянъ съ обществомъ о выдѣлѣ участка примѣняется приведенное примѣчаніе къ ст. 36 общ. пол. и ст. 83 пол. зем. нач., и они подлежатъ разбору крестьянскихъ учрежденій. Точно также этимъ учрежденіямъ подсудны споры отдѣльныхъ крестьянъ къ обществу и *до уплаты послѣднимъ выкупной ссуды*, если отдѣльные крестьяне выкупили причитающіеся имъ участки взносомъ въ казначейство причитающейся за нихъ выкупной ссуды; въ этомъ случаѣ крестьяне становятся полными собственниками выкупленныхъ ими участковъ и могутъ требовать выдѣла ихъ въ отдѣльную собственность (ст. 165 съ примѣчаніями и ст. 166 пол. о выкупѣ; ср. законъ 14 декабря 1893 г. въ соб. узак. 1894 г. ст. 94). Правильность такого вывода подтверждается смысломъ приведенныхъ законовъ и кромѣ того логическимъ заключеніемъ ex majore ad minorem, состоящимъ въ томъ, что, если законъ относитъ къ юрисдикціи присутствія или съѣзда споры между отдѣльными крестьянами и обществомъ, по отношенію къ землямъ, пріобрѣтеннымъ въ собственность *внѣ надѣла* (ст. 34 и прим. къ 36 ст. об. пол.), каковые споры, строго говоря, должны бы подлежать вѣдѣнію общихъ судовъ, то тѣмъ болѣе юрисдикціи крестьянскихъ учрежденій должны

быть подчинены такіе же споры относительно земель, составляющихъ *крестьянскій надѣлъ,* ибо здѣсь еще въ большей степени примѣшивается хозяйственно—административный элементъ. Изложенное даетъ основаніе къ заключенію, что волостной судъ некомпетентенъ разбирать означенные споры между отдѣльнымъ крестьяниномъ и цѣлымъ сельскимъ обществомъ, хотя бы споръ относился къ земельному надѣлу и не превышалъ 100 руб.; такое отступленіе отъ принципа, мнѣ кажется, указываетъ на недовѣріе закона къ волостному суду, когда споръ касается хозяйственныхъ интересовъ цѣлаго сельскаго общества. Отсюда слѣдуетъ, что ст. 96 общ. пол. и ст. 15 врем. правилъ подлежатъ ограничительному толкованію и не обнимаютъ всѣхъ дѣлъ крестьянъ по землевладѣнію.

Иски крестьянъ о недвижимыхъ имуществахъ, пріобрѣтенныхъ ими въ прежнее время на имя помѣщиковъ, подлежатъ разсмотрѣнію крестьянскихъ учрежденій (ст. 32 общ. пол., прилож. къ этой статьѣ, 2 п. ст. 151 пол. учр. крест., 22, 83, 112 пол. о зем. нач.). Эти иски возникали въ случаѣ несогласія помѣщика выдать крестьянамъ надлежащія данныя на имущества, пріобрѣтенныя ими на имя помѣщика, такъ что сторонами являлись крестьяне и помѣщикъ (ст. 1 прил. къ ст. 32 об. пол.). Замѣчу, что въ этомъ случаѣ дѣятельность непремѣннаго члена и уѣзднаго присутствія (или мироваго посредника и съѣзда)—примирительная; они ограничиваются склоненіемъ спорящихъ ко взаимному соглашенію и если таковое не послѣдуетъ, дѣло представляется въ губернское присутствіе, которое, по разсмотрѣніи представленнныхъ сторонами доказательствъ, постановляетъ, въ качествѣ высшаго совѣстнаго суда, окончательное по дѣлу рѣшеніе (ibid. ст. 3—6, прим. 8 къ 123 ст. пол. учр. крест.; ср. прим, 4 и 5 къ 129 ст. пол. учр. кр.). Такой же порядокъ установленъ для разбора споровъ между помѣщикомъ и крестьяниномъ закавказскаго края о недвижимомъ имуществѣ, которое, хотя и пріобрѣтено крестьяниномъ на свое имя, но не по акту, въ законномъ порядкѣ совершенному (ст. 4 пол. о кр. закав. края). Подчиненіе указаннаго рода дѣлъ, касающихся права собственности на недвижимое имущество, не ординарному суду, а административному учрежденію, въ качествѣ совѣстнаго суда, вызвано, мнѣ кажется, особымъ свойствомъ этихъ дѣлъ, соприкасающихся съ отношеніями крѣпостнаго права, и стремленіемъ закона, въ видахъ достиженія матеріальной правды, облегчить истцу способы защиты своихъ правъ. Въ общихъ судебныхъ мѣстахъ крестьяне были бы весьма стѣснены, при отыскиваніи своего недвижимаго имущества изъ владѣнія прежняго

ихъ помѣщика: акты укрѣпленія совершены на имя помѣщика или имущество пріобрѣтено по неформальному акту, и судъ, при отрицаніи помѣщикомъ правъ крестьянъ и при отсутствіи у этихъ послѣднихъ формальныхъ письменныхъ доказательствъ, долженъ бы былъ всецѣло отвергнуть права крестьянъ на отыскиваемое имущество. Крестьянскія же учрежденія, дѣйствуя въ качествѣ совѣстнаго суда, могутъ рѣшать эти дѣла, не стѣсняясь формальными доказательствами, собирать разныя, нужныя для дѣла свѣдѣнія и справки и открыть такимъ путемъ истину. Но при этомъ нельзя не замѣтить непослѣдовательности закона и отступленія его отъ основной идеи отнесенія упомянутыхъ дѣлъ къ юрисдикціи крестьянскихъ учрежденій. Казалось бы, что при разсмотрѣніи этихъ дѣлъ слѣдуетъ принять въ соображеніе всякаго рода доказательства, не только письменныя, но и другія доказательства (свидѣтельскія показанія, дознаніе чрезъ окольныхъ людей и др.), а между тѣмъ, по закону, «при сужденіи сего рода дѣлъ, какъ мировой посредникъ, такъ и мировой съѣздъ и губернское присутствіе, обязаны принимать въ соображеніе только *письменныя* доказательства» (ст. 7 прил. къ ст. 32 об. пол.) Кромѣ того, такое требованіе закона противорѣчитъ смыслу примѣчанія къ ст. 32 об. пол., изъ котораго видно, что при разрѣшеніи подобныхъ исковъ допускаются нетолько письменныя доказательства, но и давность владѣнія на правѣ собственности, давностное же владѣніе можетъ быть доказываемо свидѣтелями (п. 3 ст. 409 уст. гр. суд.). Крестьянскимъ учрежденіямъ подсудны также дѣла о взысканіи помѣщиками съ крестьянъ недоимокъ прежнихъ лѣтъ по повинностямъ и долгамъ. Если крестьяне предъявляютъ споръ противъ подобныхъ требованій помѣщика, то дѣло рѣшается крестьянскими учрежденіями на началахъ суда по совѣсти, при чемъ примѣняются приведенныя выше правила, приложенныя къ ст. 32 общ. пол. (прил. къ ст. 91 пол. учр. крест.).

Къ юрисдикціи крестьянскихъ учрежденій законъ относитъ споры между крестьянами и помѣщикомъ, вытекавшіе изъ поземельнаго устройства крестьянъ послѣ отмѣны крѣпостнаго права. Созданныя крестьянскою реформою юридическія отношенія между временно-обязанными крестьянами и помѣщикомъ опредѣлялись въ уставныхъ грамотахъ, которыя составлялись при участіи крестьянскихъ учрежденій (ст. 27, 107 п. 3 пол. учр. крест.). Какъ при составленіи уставныхъ грамотъ, такъ и при исполненіи ихъ, могли возникать споры между отдѣльными крестьянами и крестьянскими обществами съ одной стороны и помѣщикомъ съ другой. Эти споры, по свойству своему, орга-

нически связаны со всею системою крестьянской реформы, почему отнесеніе ихъ къ юрисдикціи общихъ судебныхъ мѣстъ представлялось неудобнымъ и нецѣлесообразнымъ. Для успѣшнаго и безостановочнаго осуществленія крестьянской реформы и для урегулированія поземельныхъ отношеній крестьянъ къ помѣщику составители положеній о крестьянахъ, руководствуясь болѣе административно-политическими, чѣмъ юридическими соображеніями, отнесли къ юрисдикціи ближайшихъ исполнителей реформы — мирового посредника и непремѣннаго члена уѣзднаго присутствія, всѣ споры, жалобы и недоразумѣнія между помѣщиками и временно-обязанными крестьянами, дворовыми людьми или крестьянскими обществами, возникавшіе изъ обязательныхъ поземельныхъ ихъ отношеній и касавшихся исполненія уставныхъ грамотъ (ст. 20 общ. пол., 23 п. 1, 24 п. 1, 151 п. 6 и 7, прим. ко 2 п. 153 ст. пол. учр. крест.). Эти дѣла оставлены были въ вѣдѣніи крестьянскихъ учрежденій и послѣ введенія въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ (ст. 1 прил. къ ст. 1 пол. учр. крест.; гр. кас. рѣш. 1869 г. № 550, 1872 г. № 845). Точно также отнесены были къ крестьянскимъ учрежденіямъ дѣла между помѣщиками и временно-обязанными крестьянами о вознагражденіи за причиненные убытки (ст. 29, 143 п. 14 пол. учр. крест.). Не подлежитъ сомнѣнію, что и эти дѣла должны были имѣть своимъ источникомъ нарушеніе помѣщикомъ или крестьянами тѣхъ взаимныхъ и временно-обязанныхъ отношеній, которыя сохранились до окончательнаго пріобрѣтенія крестьянами въ собственность отведеннаго имъ надѣла (гр. кас. рѣш. 1869 г. № 978). Въ этихъ только предѣлахъ крестьянскія учрежденія облечены были судебною властью. Поэтому всѣ вообще споры, возникающіе между помѣщиками и крестьянами послѣ прекращенія обязательныхъ между ними отношеній, подсудны подлежащимъ судебнымъ установленіямъ, смотря по свойству дѣла и цѣнѣ иска (ст. 156 пол. учр. крест.; ср. гр. кас. рѣш. 1871 г. № 236).

Со введеніемъ въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ 20 ноября 1864 г. юрисдикція крестьянскихъ учрежденій значительно сократилась: многія дѣла, прежде подлежавшія вѣдѣнію послѣднихъ, подчинены были компетенціи новыхъ судебныхъ установленій. Такъ, дѣла по жалобамъ постороннихъ лицъ на крестьянскія общества и дѣла судебно-полицейскаго разбирательства: по найму землевладѣльцами людей въ разныя работы, въ услуженіе и въ хозяйственныя должности, по отдачѣ въ наемъ земель, по потравамъ полей, луговъ и другихъ угодій и по порубкамъ, подсудныя первоначально мировымъ крестьянскимъ учрежденіямъ (п. 4 ст. 24, 31 и прил. пол. учр. крест.), отнесены къ пред-

метамъ вѣдомства мировыхъ и общихъ судебныхъ мѣстъ на основаніи правилъ о подсудности (тамъ же, прил. къ ст. 1; гр. кас. р. 1871 г. № 943; ср. прим. къ ст. 95 общ. пол. по прод. 90 г. и ст. 20 и 21 правилъ о производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено пол. о зем. нач.). Къ юрисдикціи мировыхъ судебныхъ установленій отнесены также дѣла по всякимъ гражданскимъ искамъ и спорамъ, когда спорящія стороны просятъ о рѣшеніи ихъ по совѣсти, въ томъ числѣ и споры по договорамъ между землевладѣльцами и заграничными выходцами (тамъ же). Этимъ послѣднимъ постановленіемъ отмѣнена только добровольная юрисдикція мирового посредника, которому первоначально предоставлено было принимать подобныя дѣла къ своему разсмотрѣнію (ст. 35 и 72 пол. учр. кр.); добровольная же юрисдикція волостныхъ судовъ сохранилась попрежнему (примѣч. 2 къ ст. 2 прил. къ 1 ст. пол. учр. крест.). Изъятіе всей упомянутой группы дѣлъ изъ вѣдѣнія крестьянскихъ учрежденій можетъ быть объяснено тѣмъ, что эти дѣла стоятъ внѣ крестьянской реформы и не находятся въ непосредственной зависимости отъ устройства поземельнаго быта крестьянъ; они представляютъ собою обыкновенныя частно-правовыя отношенія, которыя и должны разрѣшаться обыкновенными судами (ст. 1 уст. гр. суд.). Компетенція же крестьянскихъ учрежденій по остальнымъ, упомянутымъ выше дѣламъ, сохранилась и послѣ введенія судебныхъ уставовъ. Всѣ эти дѣла коренятся частью въ отношеніяхъ, существовавшихъ между крестьянами и помѣщиками во время крѣпостнаго права (напр. иски о земляхъ, пріобрѣтенныхъ крестьянами въ прежнее время на имя ихъ помѣщиковъ), частью во временно-обязательныхъ отношеніяхъ, образовавшихся на новыхъ началахъ послѣ крестьянской реформы. Законъ исходилъ, повторяю, изъ того предположенія, что крестьянскія учрежденія, призванныя устроить экономическій бытъ крестьянъ по началамъ, предначертаннымъ въ положеніяхъ, и наблюдать за правильнымъ развитіемъ поземельныхъ отношеній вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости крестьянъ, будутъ обладать бо̀льшими средствами для раскрытія истины, при разсмотрѣніи упомянутыхъ споровъ, нежели окруженные строгимъ формализмомъ судебныя мѣста, дѣйствующія на основаніи строго-состязательнаго принципа и недостаточно притомъ знакомыя съ новыми условіями крестьянскаго быта. Слѣдуетъ однако замѣтить, что по смыслу приведеннаго приложенія къ ст. 1 (прим. 1) пол. учр. крест., не всѣ иски и споры, вытекающіе изъ потравъ и другихъ поврежденій полей и луговъ или имѣющіе въ своемъ основаніи наемъ сельскихъ рабочихъ и служителей и проч.,

подвѣдомственны судебнымъ мѣстамъ, учрежденнымъ судебными уставами. Компетенція этихъ судебныхъ мѣстъ простирается только на тѣ дѣла о потравахъ и о наймѣ рабочихъ и служителей и др., которыя подлежали первоначально разбору мировыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій, но не на дѣла этого рода, отнесенныя вслѣдъ за крестьянскою реформою къ юрисдикціи волостныхъ судовъ. Это вытекаетъ изъ текста 2 ст. упомянутаго приложенія изъ словъ: «на семъ основаніи изъ дѣлъ, предоставленныхъ положеніями о сельскомъ состояніи разбору мировыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій, слѣдующія дѣла изъемляются изъ вѣдомства сихъ учрежденій и поступаютъ въ вѣдѣніе судебныхъ установленій»; кромѣ того, самое приложеніе къ ст. 1 озаглавлено «правила о предоставленіи въ вѣдѣніе судебныхъ установленій нѣкоторыхъ судебныхъ обязанностей мировыхъ по крестьянскимъ дѣламъ учрежденій». Юрисдикціи же волостного суда подлежатъ: а) дѣла о вознагражденіи за потраву или другія поврежденія и за издержки, за прокормъ задержанныхъ животныхъ; б) дѣла объ убыткахъ, причиненныхъ скошеніемъ хлѣба и травы, порчею канавъ, изгородей и деревьевъ по дорогамъ, проходомъ или проѣздомъ черезъ неубранныя или запаханныя поля, нескошенные луга и огороженныя мѣста (а также дѣла о похищеніи хлѣба, сѣна и другихъ хозяйственныхъ растеній и овощей, неубранныхъ или хранящихся на поляхъ); в) дѣла по спорамъ между нанимателями и сельскими рабочими и служителями (ст. 12, 14 и 18 прил. I къ ст. 31 и прим. къ 32 ст. прил. II къ 31 ст. пол. учр. крест.). Компетенція волостного суда относительно этихъ дѣлъ обусловлена, по общему правилу, тѣмъ, чтобы обѣ стороны принадлежали къ сельскимъ обывателямъ одной волости (ст. 12) или къ крестьянскому сословію (прим. къ 32 ст.). Замѣчу, что требованіе закона, чтобы обѣ стороны принадлежали къ сельскимъ обывателямъ *одной волости*, едва ли основательно: подсудность упомянутыхъ дѣлъ должна опредѣляться или мѣстомъ нахожденія имущества, которому причиненъ ущербъ (forum rei sitae) или тою волостью, къ которой принадлежитъ: отвѣтчикъ, по общему правилу actor sequitur forum rei; слѣдовательно, нѣтъ никакой надобности въ томъ, чтобы истецъ принадлежалъ къ той же волости, къ которой принадлежитъ отвѣтчикъ, а нужно только, чтобы обѣ стороны принадлежали къ крестьянскому сословію. Дѣла, указанныя подъ литерою а, подлежатъ вѣдомству волостного суда и въ томъ случаѣ, когда истецъ, принадлежа къ другому сословію, пожелаетъ судиться волостнымъ судомъ (тамъ же, ст. 12). Этимъ, очевидно, подрывается принципъ сословности волостного суда. Точно также

дѣла по спорамъ между нанимателями и сельскими рабочими и служителями (в) подсудны волостному суду, если того пожелаютъ спорящіе, непринадлежащіе къ крестьянскому сословію (тамъ же, прим. къ 32 ст.). Отсюда слѣдуетъ, что при согласіи обѣихъ сторонъ дѣло можетъ подлежать разбору волостного суда, независимо отъ цѣны иска и отъ сословнаго начала. Впрочемъ, такое положеніе согласно съ приведенною выше ст. 98 общ. пол. и съ прим. 2 къ 2 ст. прил. къ ст. 1 пол. учр. крест., и не подлежитъ никакому сомнѣнію, что добровольная юрисдикція волостного суда имѣетъ примѣненіе и къ дѣламъ, указаннымъ подъ лит. *а* и *б*.

И такъ, указанныя дѣла подсудны *безусловно* волостному суду, если обѣ стороны принадлежатъ къ крестьянскому сословію (а дѣла о вознагражденіи за потраву или другія поврежденія и за издержки за прокормъ разбираются въ волостномъ судѣ, если сего пожелаетъ истецъ, принадлежащій къ другому сословію), и если притомъ цѣна иска не превышаетъ 100 руб. (а въ преобразов. в. с. 300 р.); когда же цѣна иска превышаетъ эту норму или не можетъ быть опредѣлена при самомъ предъявленіи иска или когда одна или обѣ стороны не принадлежатъ къ крестьянскому сословію, означенныя дѣла подсудны мировымъ судебнымъ установленіямъ или вновь образованнымъ судебно-административнымъ учрежденіямъ, а свыше 500 руб.—окружнымъ судамъ (п. 1 и 2 ст. 29 уст. гр. суд.). Мнѣ кажется, что было бы болѣе согласно съ условіями крестьянскаго быта и съ самымъ свойствомъ упомянутыхъ дѣлъ, если бы законъ допустилъ компетенцію волостного суда и въ томъ случаѣ, когда цѣна иска не можетъ быть опредѣлена при самомъ предъявленіи его. Эти дѣла больше другихъ требуютъ простоты и скорости производства, и подчиненіе ихъ, въ случаѣ невозможности опредѣлить цѣну иска, мировымъ судебнымъ установленіямъ, представляется крайне стѣснительнымъ для сельскаго хозяйства и недостаточно ограждающимъ интересы сельскаго населенія (нанимателей и рабочихъ).

II.

Къ числу крестьянскихъ дѣлъ принадлежитъ большая группа дѣлъ, изслѣдованіе подсудности которыхъ представляетъ интересъ въ виду того, что они непосредственно касаются системы землевладѣнія многомилліоннаго населенія и отношеній его къ казнѣ, въ качествѣ плательщика государственной оброчной подати, нынѣ замѣненной выкупными платежами. Я разумѣю дѣла, вытекающія изъ поземельнаго

устройства бывшихъ государственныхъ крестьянъ. Существовавшія до реформы отношенія государственныхъ крестьянъ къ состоявшимъ въ ихъ пользованіи казеннымъ землямъ и угодьямъ и къ собственнику этого имущества—государству, формулируются и опредѣляются, начиная съ 1866 г., въ особыхъ актахъ, называемыхъ въ центральной, сѣверной и южной Россіи, владѣнными записями и выдаваемыхъ государственнымъ крестьянамъ. Съ полученіемъ владѣнныхъ записей, государственные крестьяне причисляются къ разряду крестьянъ-собственниковъ, имѣющихъ право пользоваться и распоряжаться по своему усмотрѣнію данными имъ въ надѣлъ по записямъ землями, съ соблюденіемъ указанныхъ въ законѣ ограниченій. За эту землю крестьяне обязаны вносить въ казну опредѣленный закономъ ежегодный платежъ, подъ названіемъ государственной оброчной подати (ст. 12—16 пол. государ. крест.) [1]). Основаніемъ для составленія владѣнныхъ записей служило существовавшее во время ихъ составленія фактическое владѣніе и пользованіе государственныхъ крестьянъ состоявшими въ ихъ надѣлѣ казенными землями и угодьями (тамъ же, ст. 2 и 12). Владѣнныя записи опредѣляютъ, между прочимъ, количество угодій, составляющихъ крестьянскій надѣлъ, съ показаніемъ общаго числа удобной и неудобной земли, способа владѣнія землею во время составленія записи (общинный, участковый, четвертной или смѣшанный), оброчную подать, которую ежегодно крестьяне обязаны вносить въ казну и границы крестьянскаго землевладѣнія (ст. 8 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест.). Съ изданіемъ положенія о бывшихъ государственныхъ крестьянахъ, общественное ихъ управленіе устроено было на тѣхъ же началахъ, какъ у бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ. Вслѣдствіе такого переустройства, судебныя дѣла государственныхъ крестьянъ были подчинены, наравнѣ съ дѣлами другихъ крестьянъ, юрисдикціи однихъ и тѣхъ же судебныхъ и судебно-административныхъ учрежденій (ст. 5 пол. гос. крест.). До реформы 1866 года, всѣ споры и тяжбы государственныхъ крестьянъ между собою объ имуществѣ и по договорамъ подлежали юрисдикціи сельской и волостной расправы и общихъ судебныхъ мѣстъ (ст. 861 — 865 X т. ч. 2, изд. 1857 г. ст. 318—322 уст. благоустр. въ казен. селеніяхъ). Компетенція сельской расправы опредѣлялась сословнымъ началомъ (принадлежностью спорящихъ къ состоянію государственныхъ

[1]) Эта подать и замѣняющіе ее сборы, а также лѣсной налогъ, преобразованы съ 1 янв. 87 г. въ выкупные платежи (прим. къ ст. 3 пол. гос. кр., по прод. 1890 г.).

крестьянъ), цѣною спора или тяжбы (до 15 руб. включительно) и формою доказательствъ (словесная форма договора, домашніе, нигдѣ незасвидѣтельствованные акты). Волостная расправа составляла апелляціонную инстанцію, а въ качествѣ первой инстанціи разсматривала дѣла по спорамъ о домашнихъ духовныхъ завѣщаніяхъ, явленныхъ въ волостномъ правленіи.

Послѣ этихъ предварительныхъ указаній, обращусь къ разсмотрѣнію вопроса о томъ, юрисдикаціи какого установленія подлежали и подлежатъ дѣла, возникавшія изъ поземельнаго устройства государственныхъ крестьянъ. Эти дѣла могли возникать до составленія или при предъявленіи крестьянамъ владѣнныхъ записей, или послѣ уже выдачи имъ таковыхъ. Спорящими сторонами могутъ быть отдѣльные домохозяева, цѣлыя селенія или общества крестьянъ, какъ между собою, такъ и съ казною или съ посторонними владѣльцами.

А) *Споры, заявленные до выдачи владѣнныхъ записей.* Разсмотрѣніе подсудности этой категоріи дѣлъ имѣетъ болѣе историческій, чѣмъ догматическій интересъ, такъ какъ въ настоящее время поземельное устройство бывшихъ государственныхъ крестьянъ почти вездѣ окончено, но эти дѣла имѣютъ много общихъ чертъ съ дѣлами, возникающими послѣ выдачи владѣнныхъ записей, такъ что выясненіе вопроса о подсудности послѣднихъ связано съ разборомъ постановленій закона о подсудности первыхъ. Порядокъ разрѣшенія споровъ крестьянъ между собою и съ посторонними владѣльцами или съ казною по праву владѣнія землями и угодьями, подлежащими обозначенію во владѣнныхъ записяхъ, опредѣляется въ законѣ слѣдующимъ образомъ: 1) споры между отдѣльными домохозяевами по праву владѣнія состоящими въ дѣйствительномъ ихъ пользованіи четвертными землями, наслѣдственными подворными участками или усадебными землями, неподлежащими передѣлу, разрѣшаются на основаніи ст. 95—100 общаго пол. о крест.; 2) споры по землевладѣнію между цѣлыми селеніями, которыя не разграничены между собою формальнымъ порядкомъ, съ утвержденія судебныхъ мѣстъ или министерства государственныхъ имуществъ, а владѣютъ сообща или чрезполосно, всѣми угодьями или частью ихъ, разрѣшаются сельскимъ сходомъ, составляемымъ изъ домохозяевъ всѣхъ селеній, участвующихъ въ пользованіи сими землями. Если же соглашенія не послѣдуетъ, то споры сіи должны быть разобраны мировымъ посредникомъ, на основаніи данныхъ, сообщенныхъ мѣстнымъ управленіемъ государственныхъ имуществъ или чиновникомъ, составляющимъ запись; въ случаѣ же заявленія крестьянами неудовольствія на рѣшеніе посредника,

дѣло рѣшается окончательно губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ; 3) споры о землевладѣніи и о внѣшнихъ границахъ земель, возникшіе между разными селеніями или обществами, незамежеванными въ одну округу или общую дачу, и основанные на формальныхъ документахъ и планахъ, а не на раздѣлѣ и разграниченіи общихъ и чрезполосныхъ угодій и земель, разбираются судебно-межевымъ порядкомъ; 4) иски о земляхъ, оспариваемыхъ посторонними владѣльцами у государственныхъ крестьянъ должны быть разрѣшаемы общимъ судебнымъ порядкомъ (ст. 30 п. 1, 2, 3 и 4 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест.). Если крестьяне при повѣркѣ владѣнной записи заявятъ, что въ составѣ ихъ надѣла, обложеннаго оброчною податью, находятся земли, пріобрѣтенныя ими въ собственность изъ частнаго владѣнія или данныя имъ Верховною властью, въ прежнее время, въ вотчину,—то крестьянамъ представляется отыскивать свои права судебнымъ порядкомъ, на существующемъ основаніи (тамъ же, ст. 32).

Приведенныя законоположенія, казуистически и недостаточно ясно редактированныя, требуютъ ближайшаго разсмотрѣнія. По смыслу перваго пункта ст. 30, если участниками спора являются отдѣльные домохозяева (крестьяне) и въ основаніи его лежитъ право владѣнія землею, состоящею въ дѣйствительномъ пользованіи спорящихъ и неподлежащею передѣлу,—то такой споръ подлежитъ юрисдикціи волостнаго суда или общихъ судебныхъ мѣстъ, по правиламъ о подсудности. Такіе споры *о правѣ владѣнія* возможны въ тѣхъ только случаяхъ, когда домохозяинъ получилъ, посредствомъ выдѣла, раздѣла или другимъ способомъ, данный участокъ земли въ личное, постоянное и потомственное владѣніе (ст. 113—115 уст. о благоустр. въ каз. сел.). При общинномъ же пользованіи мірскою землею, когда она подлежитъ періодически передѣлу, право владѣнія землею принадлежитъ всей общинѣ въ совокупности, а каждому домохозяину въ отдѣльности принадлежитъ лишь *долевое участіе въ пользованіи* землею, на опредѣленныхъ условіяхъ и съ извѣстными ограниченіями. Во всѣхъ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ названными ст. 30 и 32, объектомъ спора должны быть земли и угодья, которыя во время составленія владѣнныхъ записей находятся въ *дѣйствительномъ пользованіи* отдѣльныхъ домохозяевъ или крестьянскихъ обществъ и относительно которыхъ *предполагается*, что они составляютъ крестьянскій надѣлъ, почему и подлежатъ обозначенію во владѣнныхъ записяхъ. Главнымъ основаніемъ для составленія владѣнныхъ записей служилъ, какъ показано выше, фактъ существующаго у государствен-

ныхъ крестьянъ землевладѣнія. Составители владѣнныхъ записей могли застать тотъ или другой типъ землевладѣнія или нѣсколько типовъ, въ одномъ и томъ же селеніи: общинный, участковый, наслѣдственный, четвертной, смѣшанный и др. Въ такомъ же видѣ, безъ всякаго измѣненія, эти формы землевладѣнія вносились во владѣнныя записи. Если въ какомъ нибудь обществѣ или селеніи существовали рядомъ общинный и подворный или наслѣдственный способъ владѣнія, то въ приложеніи къ владѣнной записи обозначалось названіе домохозяевъ, владѣющихъ подворно или наслѣдственно, число четвертей или десятинъ и количество оброчной подати (ст. 8 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест. и образцы владѣнныхъ записей). Право владѣнія одного домохозяина участкомъ земли или усадебною землею могло быть ко времени составленія владѣнныхъ записей оспариваемо другими хозяевами; подобные споры подлежать юрисдикціи волостныхъ или общихъ судовъ, смотря по цѣнѣ иска.

Вышеизложенные 2 и 3 п. ст. 30 относятся къ спорамъ между цѣлыми селеніями или обществами государственныхъ крестьянъ. Система землевладѣнія у государственныхъ крестьянъ, до 1866 года, была основана на соразмѣрномъ, уравнительномъ по числу ревизскихъ душъ, раздѣленіи казенныхъ земель между казенными селеніями (ст. 10 и 18 уст. благоустр. въ каз. сел.). Селенія или общества владѣли землями въ разныхъ дачахъ, каждое отдѣльно къ однимъ мѣстамъ, или въ одной дачѣ, всѣ вмѣстѣ сообща или чрезполосно. Въ послѣднемъ случаѣ, палаты государственныхъ имуществъ составляли проекты раздѣла земель по обществамъ и приводили ихъ, *при согласіи крестьянъ*, въ исполненіе натурою, по правиламъ о размежеваніи общаго и чрезполоснаго владѣнія (тамъ же, ст. 21). Такимъ образомъ, ко времени составленія владѣнныхъ записей существовали двѣ главныя формы землевладѣнія государственныхъ крестьянъ: а) совмѣстное и чрезполосное владѣніе нѣсколькихъ обществъ или селеній, замежеванныхъ въ одну общую дачу, б) опредѣленныя между собою владѣнія нѣсколькихъ обществъ или селеній (ст. 6 и п. 2 ст. 12 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест.). Законъ предусматриваетъ споры между цѣлыми селеніями или обществами крестьянъ при обѣихъ формахъ землевладѣнія: а) споры по землевладѣнію первой формы (ст. 30 п. 2) предварительно разсматриваются сельскимъ сходомъ; этотъ сходъ составляется изъ домохозяевъ всѣхъ селеній и дѣятельность его заключается въ соглашеніи спорящихъ; если же соглашенія не состоится, споръ подлежитъ разсмотрѣнію и разрѣшенію мироваго посредника, а тамъ, гдѣ этотъ институтъ отмѣненъ, непремѣннаго

члена уѣзднаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія (п. 5 и 7 ст. 151 пол. учр. крест.). Здѣсь опять выдвигается взглядъ законодателя на юридическую природу подобныхъ дѣлъ и на задачу крестьянскихъ учрежденій. Я уже указывалъ на презумпцію закона, что тѣ спорныя отношенія между крестьянами, которыя тѣсно связаны съ ихъ внутреннимъ экономическимъ строемъ и которыя притомъ не обоснованы строгими, формальными доказательствами, необходимыми въ общихъ судахъ, — могутъ быть разбираемы учрежденіями по крестьянскимъ дѣламъ гораздо успѣшнѣе и ближе къ истинѣ, нежели общими судами. Въ настоящемъ случаѣ, при спорахъ по землевладѣнію между цѣлыми селеніями, ни та, ни другая сторона не имѣютъ въ рукахъ никакихъ письменныхъ доказательствъ въ подтвержденіе спора или возраженія; нѣтъ тѣхъ «формальныхъ документовъ и плановъ», которые свидѣтельствовали бы передъ судомъ, какое изъ спорящихъ селеній правильно владѣетъ и пользуется землею. Мировой посредникъ или непремѣнный членъ уѣзднаго присутствія не стѣсненъ закономъ въ собираніи справокъ и данныхъ изъ управленія государственныхъ имуществъ и отъ чиновника, составляющаго владѣнныя записи, — и на основаніи этихъ данныхъ споръ можетъ быть разрѣшенъ правильно. Въ общихъ же судахъ такой порядокъ производства дѣлъ не примѣнимъ, въ силу строгаго состязательнаго процесса и системы доказательствъ по дѣламъ о недвижимыхъ имуществахъ (см. рѣш. пр. сен. 25 февраля и 6 ноября 87 г. въ сводѣ И. Л. Горемыкина, т. 1, стр. 511, 512).

б) Споры о землевладѣніи и о внѣшнихъ границахъ между селеніями или обществами, разграниченными между собою формальнымъ порядкомъ, подлежатъ юрисдикціи общихъ судебныхъ мѣстъ, т. е. окружныхъ судовъ въ судебно-межевомъ порядкѣ (п. 3 ст. 30). Въ этомъ случаѣ, споръ основанъ на формальныхъ документахъ и планахъ, почему разсмотрѣніе его общими судами не представляетъ указанныхъ выше неудобствъ и стѣсненій для крестьянъ; но и здѣсь законъ могъ бы, въ видахъ практическихъ удобствъ, предоставить преюдиціально разрѣшеніе спора сельскому сходу, въ качествѣ примирительной инстанціи, а въ случаѣ неуспѣшности примиренія, подчинить эти дѣла компетенціи крестьянскихъ учрежденій (см. ниже). Юрисдикціи окружныхъ судовъ подлежатъ также иски постороннихъ владѣльцевъ о правѣ собственности на земли, состоящія въ пользованіи государственныхъ крестьянъ (4 п. ст. 30). Компетенція общихъ судовъ, относительно этихъ дѣлъ, разумѣется сама собою: истцомъ является лицо, непринадлежащее къ крестьянскому сословію, а пред-

метъ иска — право собственности на недвижимое имущество. Точно также иски крестьянъ о правѣ собственности на земли, состоящія въ ихъ пользованіи и обложенныя оброчною податью, подсудны окружнымъ судамъ (ст. 32). Истцомъ, въ этомъ случаѣ, могутъ быть или отдѣльные крестьяне или цѣлое крестьянское общество; отвѣтчикомъ — казна, въ лицѣ управленія государственныхъ имуществъ. Фактъ пользованія государственныхъ крестьянъ землею служитъ основаніемъ къ предположенію, что эта земля составляетъ крестьянскій надѣлъ, на который право собственности принадлежитъ казнѣ и который слѣдовательно долженъ быть включенъ во владѣнную запись; такая презумпція можетъ быть опровергнута не иначе, какъ путемъ судебнаго иска и рѣшенія о правѣ собственности крестьянъ на отведенныя земли.

Указанные въ ст. 30 и 32 иски и споры не могли однако служить основаніемъ къ пріостановленію составленія, предъявленія и выдачи владѣнныхъ записей. Во владѣнную запись и прил. къ ней каждаго селенія вносились спорныя земли, которыя при составленіи записи оказались въ дѣйствительномъ пользованіи того селенія; спорные участки отдѣльныхъ домохозяевъ показывались за тѣми, въ пользованіи коихъ оказались при предъявленіи записи, съ указаніемъ въ томъ и другомъ случаяхъ, какія земли и кѣмъ оспариваются (ст. 7, 13, 31 и 32 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест.).

Изъ изложеннаго видно, что въ законѣ опредѣлена подсудность двухъ категорій дѣлъ, возможныхъ до выдачи и при предъявленіи владѣнныхъ записей: а) дѣла, въ которыхъ участвуютъ одни крестьяне или крестьянскія общества; б) дѣла, въ которыхъ участвуютъ крестьяне съ одной стороны, а посторонніе владѣльцы или казна съ другой. Въ первой группѣ основаніемъ споровъ служитъ право владѣнія и пользованія крестьянъ на входящую въ составъ крестьянскаго надѣла землю (право собственности на эти земли принадлежитъ казнѣ); во второй группѣ основаніемъ иска служитъ право собственности постороннихъ лицъ, непринадлежащихъ къ крестьянскому сословію, или самихъ крестьянъ на состоящую въ ихъ пользованіи землю.

Б) *Споры, предъявленные послѣ выдачи владѣнныхъ записей.* Со времени выдачи государственнымъ крестьянамъ владѣнныхъ записей, прекратилось всякое участіе управленія государственными имуществами въ дѣлахъ спорныхъ и судебныхъ, касающихся вошедшихъ во владѣнныя записи земель; защита же правъ казны, по отношенію къ государственной оброчной подати (выкупныхъ платежей), которою земли тѣ обложены, возложено на вѣдомство министерства финан-

совъ (ст. 1 прил. къ ст. 15 (прим. 2) и ст. 38 прил. къ ст. 17 пол. гос. крест.). Предварительно разсмотрѣнія вопроса о подсудности исковыхъ дѣлъ, возникавшихъ послѣ выдачи владѣнныхъ записей, замѣчу, что законъ различаетъ два понятія права собственности крестьянъ на отведенныя имъ въ надѣлъ земли и угодья: неполное и полное право собственности. Послѣ полученія владѣнной записи, государственные крестьяне стали крестьянами-собственниками, но неполными: право собственности, какъ всего общества, такъ и отдѣльныхъ домохозяевъ, на отведенный имъ надѣлъ стѣснено ограниченіями, указанными въ ст. 15 пол. гос. крест. (ст. 16 пол. гос. крест.). Распоряжаться надѣломъ крестьяне могутъ лишь настолько, насколько этими распоряженіями не стѣсняется и не нарушается право казны на полученіе государственной оброчной подати (выкупныхъ платежей), такъ какъ эта послѣдняя обезпечивается крестьянскимъ надѣломъ (п. 5 ст. 3 пол. гос. крест., 187 — 191 ст. общ. пол.). Поэтому всякое видоизмѣненіе въ способѣ владѣнія и пользованія надѣломъ, выдѣлъ участковъ отдѣльнымъ домохозяевамъ, раздѣлъ земли на подворные участки и разные способы отчужденія земли, совершаются при участіи и подъ контролемъ крестьянскихъ учрежденій и при соблюденіи извѣстныхъ формальностей (ст. 15 примѣч. 1 и прил. пол. гос. крест.). Полное право собственности крестьянъ на надѣлъ начинается лишь съ того момента, когда все сельское общество или отдѣльные владѣльцы подворныхъ участковъ освободятся отъ платежа государственной оброчной подати (выкупныхъ платежей) взносомъ въ казну соотвѣтствующаго капитала (тамъ же, ст. 24 и 25).

Общій признакъ всѣхъ исковыхъ дѣлъ крестьянъ, предусмотрѣнныхъ закономъ и возникавшихъ до или послѣ выдачи владѣнныхъ записей, заключается въ томъ, что они имѣютъ предметомъ своимъ земли и угодья, входящія или уже вошедшія во владѣнныя записи. Очевидно, что дѣла, возникающія послѣ выдачи записи, прямо касаются интересовъ казны, получающей за надѣлъ опредѣленные платежи: отъ измѣненія или уменьшенія крестьянскаго надѣла измѣняется или уменьшается размѣръ этихъ платежей. Всѣ эти дѣла, по смыслу прил. къ ст. 15 (прим. 2) пол. гос. крест., подсудны окружнымъ судамъ. Законъ предусматриваетъ слѣдующіе иски и споры: а) иски цѣлыхъ крестьянскихъ обществъ или отдѣльныхъ крестьянъ (если земля состоитъ въ подворномъ владѣніи) къ казнѣ, представителемъ которой является мѣстная казенная палата, о правѣ собственности на земли, вошедшія во владѣнныя записи и объ исключеніи

этихъ земель изъ оклада государственной оброчной подати (тамъ же, ст. 2—5). Предварительно начатія дѣла въ окружномъ судѣ крестьянамъ предоставляется заявить свое требованіе объ исключеніи изъ оклада оброчной подати, съ представленіемъ надлежащихъ доказательствъ, мѣстной казенной палатѣ, которая разрѣшаетъ это требованіе въ теченіе шестимѣсячнаго срока. Но такое предварительное обращеніе съ своими требованіями къ административной власти необязательно для крестьянъ: они могутъ начать *прямо* судебный искъ, а въ случаѣ заявленія требованія въ административномъ порядкѣ, не выжидать окончанія 6-мѣсячнаго срока; казна въ этихъ случаяхъ освобождается отъ уплаты истцу судебныхъ издержекъ въ той части иска, которую казна признаетъ правильною до постановленія судомъ рѣшенія (тамъ же). Для ограниченія числа подобныхъ дѣлъ, веденіе которыхъ въ окружномъ судѣ сопряжено для крестьянъ, въ большинствѣ случаевъ, съ значительными затрудненіями и издержками, было бы, по моему мнѣнію, цѣлесообразнѣе, если бы предварительно предъявленія иска въ судѣ, крестьянское общество или отдѣльные крестьяне *обязаны* были обратиться съ своими требованіями въ казенную палату и только въ случаѣ неудовлетворенія палатою требованій крестьянъ въ 6-мѣсячный срокъ, они обращались бы съ искомъ въ судъ. Административный порядокъ производства означенныхъ дѣлъ гораздо проще и скорѣе судебнаго порядка и не требуетъ почти никакихъ расходовъ ни для истца, ни для казны.

б) Иски одного крестьянскаго общества къ другому и иски стороннихъ лицъ, не входящихъ въ составъ обществъ, къ симъ послѣднимъ. Эти иски, имѣя въ своемъ основаніи право собственности истца на вошедшую во владѣнную запись отвѣтчика землю, направлены къ тому, чтобы изъять ее изъ владѣнія отвѣтчика. Такъ какъ отъ рѣшенія этихъ дѣлъ въ пользу истца или отвѣтчика зависитъ интересъ казны, получающей выкупные платежи, то законъ предоставляетъ казнѣ принять участіе въ дѣлѣ въ качествѣ третьяго лица или просить «о пересмотрѣ рѣшенія» (казна, въ качествѣ третьяго лица, не участвующаго въ дѣлѣ, можетъ просить объ *отмѣнѣ рѣшенія*, коимъ нарушены ея права, но не о *пересмотрѣ рѣшенія*, о чемъ могутъ просить только тяжущіеся; ст. 792, 794 и 795 уст. гр. суд.). Равнымъ образомъ, истецъ и отвѣтчикъ имѣетъ право привлечь казну къ дѣлу въ качествѣ третьяго лица (ст. 6—8 прил. къ ст. 15 пол. госуд. крест.).

в) Судебныя дѣла о разводѣ и размежеваніи земель, вошедшихъ во владѣнныя записи (тамъ же ст. 9: «судебныя дѣла о разводѣ и

размежеваніи земель, вошедшихъ во владѣнныя записи, подлежатъ, въ отношеніи участія въ нихъ казны, правиламъ, указаннымъ выше въ ст. 6—8»). Эти дѣла могутъ происходить между крестьянскими обществами или селеніями, или между ними и частными, посторонними владѣльцами. Основаніемъ къ возбужденію судебно-межевыхъ дѣлъ служитъ общее и нераздѣльное или чрезполосное владѣніе нѣсколькихъ владѣльцевъ. Цѣль судебно-межевого разбирательства — опредѣлить пространство и мѣстность каждаго участка отдѣльно, къ однимъ мѣстамъ (ст. 1143 и 1170 X т. ч. 3 изд. 1857 г.). Въ этомъ, случаѣ, назначаются границы каждаго отдѣльнаго владѣнія. Владѣнныя записи составляются по каждому селенію особо, но если нѣсколько селеній, образуя одну общую дачу, не разграничены между собою и владѣютъ сообща и нераздѣльно или чрезполосно всѣми угодьями или частью ихъ, тогда для этихъ селеній составляется одна владѣнная запись (ст. 6 и 2 п. ст. 12 прил. къ ст. 17 пол. гос. кр.). Равнымъ образомъ, земля или угодья могутъ находиться въ общемъ владѣніи крестьянъ и постороннихъ владѣльцевъ (тамъ же ст. 12 п. 3 и 6). Въ этихъ случаяхъ общаго или чрезполоснаго владѣнія могутъ возникать споры о пространствѣ, мѣстности и о границахъ владѣнія, какъ между крестьянскими обществами, такъ между ними и посторонними владѣльцами. Эти споры, по смыслу приведенной 9 статьи, подлежатъ юрисдикціи окружнаго суда, въ судебно-межевомъ порядкѣ, *только при наличности извѣстныхъ условій* (см. ниже). Понятно, что и эти межевые споры сопряжены съ интересомъ казны, ибо въ случаѣ отмежеванія изъ крестьянскаго надѣла части земель и угодій въ личную собственность крестьянъ или частныхъ владѣльцевъ, эта часть не можетъ подлежать выкупнымъ платежамъ. На этомъ основаніи законъ допускаетъ, при производствѣ означенныхъ дѣлъ, вступленіе или привлеченіе казны въ качествѣ третьяго лица. Судебно-межевому разбирательству предшествуетъ прозводство полюбовнаго развода и размежеванія, а когда полюбовное соглашеніе между совладѣльцами не достигнуто, дѣло поступаетъ въ судъ съ соблюденіемъ порядка, указаннаго во временныхъ правилахъ производства межевыхъ дѣлъ т. е. съ подачею исковаго прошенія въ окружный судъ (ст. 857 X т. ч. 2, 1144 ст. X т. ч. 3 изд. 57 г. и 1 ст. прил. къ ст. 1400 уст. гр. суд.; кас. рѣш. №№ 904—1871 г., 240—1878 г.). Изъ сопоставленія ст. 6 и 9 прил. къ ст. 15 (прим. 2) пол. гос. кр. вытекаетъ, что первая статья относится къ искамъ, предъявляемымъ крестьянскимъ обществомъ или постороннимъ лицомъ къ крестьянскому же обществу и имѣющимъ своимъ предметомъ споръ

о правѣ собственности истца на недвижимое имущество; статья же 9 касается, главнымъ образомъ, споровъ крестьянскихъ обществъ между собою или съ сторонними лицами о мѣстности и границахъ владѣнія; здѣсь нѣтъ собственно спора о правѣ на недвижимое имущество; это право въ извѣстной степени предполагается существующимъ у каждаго изъ совладѣльцевъ и ими не отрицается. Здѣсь споръ сосредоточивается преимущественно на матеріальномъ опредѣленіи пространства и границъ владѣнія каждаго, собраннаго къ однимъ мѣстамъ такъ, что цѣль, которую преслѣдуютъ совладѣльцы, — это превратить неопредѣленное и разбросанное въ разныхъ мѣстахъ владѣніе въ одно цѣлое и конкретно опредѣленное (кас. рѣш. №№ 174—1871 г., 150—1879 г.). Конечно, во время производства дѣла могутъ быть возбуждаемы споры о самомъ правѣ на недвижимое имущество, но они возникаютъ только по поводу и вслѣдствіе уже начатаго дѣла о размежеваніи и не лежатъ въ основаніе его (ср. Побѣдоносцевъ—Курсъ гражд. права т. II стр. 38 и 39).

Разсматриваемая 9 ст. прил. по краткости и неточности формулировки возбуждаетъ, по отношенію къ вопросу о подсудности, нѣкоторыя недоумѣнія. Мы уже видѣли прежде, что законъ установляетъ судебно-межевой порядокъ для разбора нѣкоторыхъ споровъ, возникающихъ *до выдачи* крестьянамъ владѣнныхъ записей (п. 3 ст. 30 прил. къ ст. 17). Такіе же споры возможны и *послѣ* выдачи владѣнныхъ записей; слѣдовательно, какъ тамъ, такъ и здѣсь, для подсудности означенныхъ дѣлъ окружному суду требуется: 1) чтобы владѣльцы — крестьянскія селенія или общества, между которыми происходитъ споръ, не были замежеваны въ одну округу или общую дачу, 2) чтобы споры были основаны на формальныхъ документахъ и планахъ. Какому же суду или учрежденію подсудны дѣла по спорамъ о разводѣ и размежеваніи земель между сельскими обществами или селеніями, замежеванными въ одну округу или общую дачу и получившими одну владѣнную запись? Законъ, какъ мы видѣли, различаетъ полное и неполное право собственности бывшихъ государственныхъ крестьянъ на надѣлъ. Исходя изъ этого различія понятій собственности, на основаніи п. 3 ст. 30 прил. къ ст. 17 по argumentum a contrario и примѣняясь ко 2 п. той же ст. 30, я полагаю, что поставленный вопросъ можетъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что пока крестьяне пользуются неполнымъ правомъ собственности (т. е. производятъ платежи за надѣлъ), — указанныя въ вопросѣ дѣла разрѣшаются сельскимъ сходомъ, составленнымъ изъ домохозяевъ селеній или обществъ, участвующихъ въ спорѣ; если же соглашенія

не послѣдуетъ, то споры эти должны быть разобраны непремѣннымъ членомъ уѣзднаго присутствія, а въ случаѣ заявленія крестьянами неудовольствія, дѣло разрѣшается окончательно губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ (членами присутствія между прочимъ состоятъ, согласно 158 ст. пол. учр. крест., управляющіе государственными имуществами и казенной палатою; тамъ, гдѣ введено пол. о зем. нач., дѣла эти разрѣшаются зем. нач., уѣзднымъ съѣздомъ и губ. присут.). Но послѣ пріобрѣтенія крестьянами полнаго права собственности на надѣлъ, когда, слѣдовательно, всякія обязательныя отношенія ихъ въ казнѣ прекращаются, упомянутыя дѣла должны разбираться общими судебными мѣстами. Общимъ же судамъ подсудны всѣ споры о разводѣ и размежеваніи, если въ нихъ, кромѣ крестьянъ, участвуютъ и лица другихъ сословій. Категорическое выраженіе закона (ст. 9 прил.) «судебныя дѣла о разводѣ и размежеваніи земель», приводитъ на первый взглядъ къ заключенію, что законъ относитъ *безусловно всѣ* дѣла о разводѣ и размежеваніи къ вѣдѣнію окружнаго суда. Но такое заключеніе идетъ въ разрѣзъ съ изложенными соображеніями, вытекающими изъ внутренняго смысла п. 2 и 3 ст. 30 прил., и не согласуется со взглядомъ «положеній» на судебно-административныя функціи учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, относительно нѣкоторыхъ группъ крестьянскихъ дѣлъ. Въ виду этого, статью 9 слѣдуетъ интерпретировать въ смыслѣ, болѣе согласномъ съ духомъ закона и съ настоящимъ положеніемъ крестьянскаго землевладѣнія, а именно, что общему (окружному) суду подсудны *безусловно* дѣла о разводѣ и размежеваніи между крестьянскими обществами и посторонними владѣльцами; дѣла же о разводѣ и размежеваніи крестьянскихъ обществъ между собою подсудны окружному суду въ томъ лишь случаѣ, когда крестьяне пріобрѣли *полное* право собственности на земли, о размежеваніи которыхъ возникло судебное дѣло. Предлагаемый способъ истолкованія ст. 9 вполнѣ гармонируетъ съ указанными выше общими началами, на которыхъ построенъ экономическій бытъ крестьянскаго населенія и кромѣ того оправдывается соображеніями практической пользы, такъ какъ судебно-межевой порядокъ производства дѣлъ, какъ извѣстно, отличается своею чрезвычайно сложною и продолжительною процедурою.

г) Иски и споры между церковью и крестьянскимъ обществомъ о правахъ церкви на надѣлъ и о самой нарѣзкѣ надѣла (ст. 13 и 14 прил. къ ст. 15). Въ выдаваемыхъ крестьянамъ владѣнныхъ записяхъ должно быть показано пространство и мѣстность земель, предоставленныхъ въ узаконенный надѣлъ церковнымъ причтамъ,

каковой надѣлъ исключается изъ состава надѣла селенія или общества (ст. 19 прил. къ ст. 17 и IV п. образца владѣнныхъ записей). Всѣ иски и споры (о правѣ на надѣлъ, о размѣрѣ и границахъ его), вытекающіе изъ отношенія церковнаго надѣла къ крестьянскому, подлежатъ вѣдѣнію окружнаго суда, какъ всякій споръ о правѣ на недвижимое имущество.

Изложенныя мною соображенія о подвѣдомственности дѣлъ по крестьянскому землевладѣнію, возникающихъ *послѣ выдачи владѣнныхъ записей*, сохраняютъ, по моему мнѣнію, свою силу и при дѣйствіи ст. 15 временныхъ правилъ о волостномъ судѣ, такъ какъ въ указанныхъ группахъ дѣлъ (а, б, в и г) участвуютъ не одни лица крест. сословія, но и казна, церковь и постороннія лица; ст. же 15 имѣетъ въ виду дѣла *крестьянъ*.

III.

Изъ сдѣланнаго мною очерка подсудности исковыхъ дѣлъ бывшихъ помѣщичьихъ и государственныхъ крестьянъ видно, что дѣйствующее законодательство распредѣляетъ эти дѣла между юрисдикціею волостныхъ судовъ, учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, мировыхъ и общихъ судебныхъ установленій. Компетенція всѣхъ этихъ учрежденій опредѣляется тремя факторами: цѣною иска, основаніемъ и предметомъ иска и сословіемъ лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ. Мною указывалось также на добровольную юрисдикцію, зависящую отъ воли и согласія участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ. Для полноты изложенія необходимо нѣсколько ближе опредѣлить юрисдикцію волостныхъ судовъ. Краткость ст. 96 общ. пол. о крест. и ст. 15 врем. правилъ, указывающихъ предметы вѣдомства волостнаго суда, и отсутствіе общаго, руководящаго принципа, возбуждаютъ, при изслѣдованіи вопроса о подсудности, сомнѣнія, требующія разъясненія.

Въ практикѣ волостныхъ судовъ встрѣчается много дѣлъ, связанныхъ по свойству своему съ условіями экономическаго быта и поземельнымъ устройствомъ крестьянъ. Такъ, волостные суды разбираютъ дѣла, относящіяся къ разряду сервитутовъ, а именно: дѣла о правѣ прохода и проѣзда сосѣдей владѣльца по улицѣ, ведущей къ ихъ домамъ, объ обязанности владѣльца предоставить изъ своей земли необходимое количество для устройства переулка, дать опредѣленной ширины дорогу для прогона скота къ водопою, доставить проходъ и проѣздъ черезъ свои земли къ владѣніямъ посторонняго лица, срубить вѣтви деревьевъ, свѣсившіяся на усадьбу сосѣда, допустить со-

сѣда пользоваться водою изъ колодца владѣльца, если тотъ не имѣетъ никакого другаго способа удовлетворять такія нужды и т. под. (см. Пахманъ, Обычное право, т. I, стр. 27—33). Эти и другія дѣла, относящіяся къ сосѣдскому праву и къ ограниченіямъ права собственности, хотя и не указаны прямо въ приведенныхъ статьяхъ закона, но они, въ большинствѣ случаевъ, касаются сферы имущественныхъ правъ, въ предѣлахъ крестьянскаго надѣла, и нѣтъ никакого разумнаго основанія исключить эти дѣла изъ юрисдикціи волостнаго суда. Если по смыслу закона волостной судъ компетентенъ, въ предѣлахъ подсудности, разбирать дѣла о правѣ собственности на недвижимое имущество, то и дѣла о правѣ участія должны подлежать юрисдикціи волостныхъ судовъ. Но по характеру подобныхъ дѣлъ къ нимъ цѣна иска не можетъ имѣть примѣненія. Въ крестьянскомъ быту встрѣчаются нерѣдко дѣла о завладѣніи чужимъ недвижимымъ имуществомъ и о неправомъ пользованіи таковымъ (засѣвъ чужаго поля, порубка въ чужомъ лѣсу, кошеніе и уборка сѣна на чужихъ лугахъ, тяганіе мха на чужой землѣ, вырытіе камня, ловля рыбы въ чужихъ водахъ, порубка капусты въ чужихъ огородахъ, вырываніе лука на чужой усадьбѣ, самовольная пастьба скота). Эти дѣла также принимаются волостными судами (Пахманъ, т. I, стр. 338, 339, 344—350). Строй крестьянскаго хозяйства, общность интересовъ міра, воззрѣнія крестьянъ на трудъ, какъ на одинъ изъ главныхъ источниковъ имущественныхъ правъ, придаютъ означеннымъ дѣламъ специфическій характеръ, такъ что изъятія ихъ изъ вѣдѣнія народнаго, сословнаго суда, рѣшающаго обыкновенно подобныя дѣла на основаніи мѣстныхъ обычаевъ, и передача ихъ въ общія судебныя мѣста, внесли бы немалую путанницу въ экономическую и юридическую жизнь народа. При неясности закона, названныя дѣла должны быть отнесены, отчасти къ дѣламъ о правѣ на недвижимое имущество, отчасти къ дѣламъ о вознагражденіи за убытки, о которыхъ говоритъ ст. 96 общ. полож.

Есть большая группа крестьянскихъ дѣлъ, вытекающихъ изъ институтовъ семейнаго и наслѣдственнаго права. Каковъ бы ни былъ господствующій принципъ семейно-правоваго быта крестьянъ, на чемъ бы ни были основаны семья и наслѣдованіе у крестьянъ—на началѣ ли артельно-трудовомъ или на началѣ кровнаго родства, несомнѣнно то, что въ семейномъ и наслѣдственномъ правѣ крестьянскаго, по преимуществу земледѣльческаго сословія, вслѣдствіе исторической судьбы его, элементъ хозяйственно-экономическій перевѣшиваетъ этическій элементъ и проявляетъ свое воздѣйствіе на организацію крестьянской семьи и на правовыя отношенія между отдѣльными членами ея.

Сплоченіе или распаденіе крестьянскаго семейства, расширеніе или сокращеніе его, большая или меньшая интенсивность дѣйствующихъ въ семьѣ рабочихъ силъ, обусловливаютъ ростъ или упадокъ крестьянскаго хозяйства. Юридическая природа крестьянской семьи (большой или малой) опредѣляется, главнымъ образомъ, двумя моментами: личнымъ трудомъ и общностью семейнаго имущества (общая семейная собственность); кровное родство отступаетъ на второй планъ предъ экономическимъ принципомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ крестьянскій семейно-хозяйственный бытъ находится въ постоянной зависимости отъ системы мірскаго землевладѣнія и испытываетъ на себѣ давленіе указанныхъ выше общихъ началъ крестьянскаго общежитія. Естественно послѣ этого, что воззрѣнія сельскаго крестьянскаго населенія на институты семейнаго и наслѣдственнаго права должны существеннымъ образомъ отличаться отъ воззрѣній, формулированныхъ въ нашихъ гражданскихъ законахъ. При современномъ состояніи у насъ оффиціальнаго гражданскаго права и процесса, приспособленныхъ преимущественно къ культурнымъ классамъ населенія, нельзя, по моему мнѣнію, распространять компетенцію общихъ судовъ на всѣ семейныя и наслѣдственныя дѣла крестьянъ. Нельзя уже потому, что нормы нашего писаннаго семейно-наслѣдственнаго права, въ большинствѣ случаевъ, не совпадаютъ съ нормами народно-обычнаго права, а наша судебная процедура, при производствѣ означенныхъ дѣлъ, не отвѣчаетъ интересамъ и настоящему положенію большинства сельскаго состоянія (ср. Тютрюмовъ, «Крестьянское наслѣдственное право» въ жур. Слово за 1881 г. кн. 2, стр. 46, 54—56, 60, 68, 82—85; Леонтьевъ «Кодификація обычнаго права» и пр. въ жур. Спб. юр. общества 95 г. декабрь, стр. 30—39). На этомъ основаніи, до объединенія страны въ одномъ общемъ гражданскомъ уложеніи и до кодификаціи обычнаго права крестьянъ, слѣдуетъ подчинить семейно-наслѣдственныя дѣла крестьянъ юрисдикціи народного, волостного суда, независимо отъ цѣны спора или тяжбы, если онъ касается недвижимаго крестьянскаго имущества, находящагося въ предѣлахъ волости. Сила и дѣйствіе крестьянскихъ обычаевъ въ сферѣ наслѣдственнаго права оффиціально признаны самимъ закономъ. По ст. 38 общ. пол., въ порядкѣ наслѣдованія имуществомъ крестьянамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями. Та же мысль выражена въ императивной формѣ въ ст. 166 пол. о выкупѣ: участки, пріобрѣтенные не всѣмъ обществомъ, а отдѣльными домохозяевами, составляютъ личную собственность и переходятъ по наслѣдству, согласно существующимъ мѣстнымъ обычаямъ. По ст. 93 пол. малорос., поря-

докъ наслѣдованія семейными участками и порядокъ семейныхъ раздѣловъ опредѣляются мѣстными обычаями (см. тамъ же ст. 107 общ. пол. и ст. 110 пол. великорос.). И гражданскіе наши законы признаютъ, что для сельскихъ обывателей существуетъ особый порядокъ наслѣдованія, различный отъ общаго порядка (5 п. ст. 1184 и примѣч. X т., 1 ч.). Такое отношеніе писаннаго закона къ народнымъ обычаямъ въ наслѣдственномъ правѣ и самое учрежденіе волостныхъ судовъ, руководствующихся преимущественно обычаемъ, подтверждаетъ мое мнѣніе, что подсудность крестьянскихъ дѣлъ о наслѣдствѣ и раздѣлѣ волостному суду не должна находиться въ зависимости отъ цѣны спора или тяжбы. Тоже самое относительно подсудности дѣлъ, вытекающихъ изъ взаимныхъ личныхъ и имущественныхъ отношеній между членами крестьянской семьи, тѣмъ болѣе, что часто по этимъ дѣламъ требованія сторонъ невозможно переложить на деньги (напр., дѣла о совмѣстномъ сожитіи супруговъ, дѣтей съ родителями, старшихъ членовъ семьи съ младшими и т. под.). Одни только близкостоящіе къ населенію и изъ его среды составленные волостные суды могутъ знать мѣстные нравы и обычаи и съ точностью опредѣлить индивидуальныя особенности каждаго конкретнаго случая, касающагося крестьянской семьи и всей ея имущественной обстановки. Окружные же и мировые суды, какъ это на практикѣ и бываетъ, при разрѣшеніи крестьянскихъ дѣлъ о наслѣдствѣ или о раздѣлѣ его, примѣняютъ къ нимъ тѣ же общія юридическія нормы, которыя существуютъ для остальныхъ классовъ населенія, игнорируя своеобразный семейно-наслѣдственный строй сельскаго населенія. Разграниченіе подсудности означенныхъ дѣлъ въ зависимости отъ ихъ цѣны между волостными и общими судами ведетъ къ тому, что одни дѣла разрѣшаются согласно съ мѣстными обычаями и воззрѣніями крестьянъ на семью и на право наслѣдованія, — другія же дѣла того же типа—по началамъ, совершенно чуждымъ крестьянской жизни и сложившимся исторически при совершенно иныхъ условіяхъ. А между тѣмъ, по общему смыслу вышеприведенныхъ законовъ, порядокъ наслѣдованія и семейныхъ раздѣловъ у крестьянъ опредѣляются только ихъ собственными мѣстными обычаями, при чемъ законъ не ограничиваетъ дѣйствія этихъ обычаевъ извѣстною цѣною предмета наслѣдства или раздѣла [1]). Подчиненіе юрисдикціи волостного суда споровъ, возникающихъ изъ семейныхъ раздѣловъ, находитъ себѣ еще и дру-

[1]) См. Оршанскій „Народный судъ и народное право“ въ Журналѣ гражд. и угол. права 1875 г., кн. 3, стр. 68—71.

гую опору въ законѣ. Къ вѣдѣнію сельскаго схода законъ относитъ, между прочимъ, разрѣшеніе семейныхъ раздѣловъ (п. 5 ст. 51 об. пол. и прил. по прод. 1890 г.). Въ этомъ опять проглядываетъ преобладаніе въ крестьянской жизни общественности надъ индивидуализмомъ, зависимость семьи отъ общины, каковая зависимость органически связана съ другими вышеуказанными элементами крестьянскаго быта. По смыслу п. 5 ст. 51 об. пол., крестьянская семья не можетъ приступать къ раздѣлу общаго имущества или наслѣдства между членами семьи безъ разрѣшенія сельскаго схода. Дѣятельность схода не ограничивается однимъ только дозволеніемъ или согласіемъ на семейный раздѣлъ, но заключается въ указаніи основаній и условій, по которымъ можетъ быть совершаемъ раздѣлъ и въ распредѣленіи имущества между дѣлящимися; возникающіе по этому предмету споры должны разбираться въ волостномъ судѣ, ибо сельскій сходъ не облеченъ закономъ судебною властью.

Судебная практика волостныхъ судовъ показываетъ, что эти суды разбираютъ дѣла между родителями и дѣтьми о самовольномъ уходѣ послѣднихъ, о выдѣлахъ или отдѣлахъ дѣтей и другихъ членовъ семьи при жизни отца или домохозяина (въ одномъ случаѣ судъ присудилъ съ отца въ пользу выдѣленнаго сына 280 руб.), дѣла по спорамъ о наслѣдствѣ, о раздѣлѣ общаго имущества или наслѣдства (Пахманъ, Обычное право, т. II стр. 171, 179, 182—184, 213, 217, 219, 223—228, 299, 307—309; Оршанскій въ Журн. гражд. и угол. права 1875 г. кн. 4, стр. 141—152). При разборѣ всѣхъ этихъ дѣлъ волостные суды не справляются о цѣнѣ предмета спора (во многихъ случаяхъ цѣна не можетъ быть опредѣлена) и разсматриваютъ эти дѣла, хотя бы они касались недвижимаго имущества. Волостной судъ при этомъ, главнымъ образомъ, разсматриваетъ крестьянское имущество, какъ предметъ обложенія податьми и повинностями, и принимаетъ въ соображеніе платежную способность каждаго изъ членовъ семьи или дѣлящихся. Въ практикѣ окружныхъ судовъ также бываетъ не мало крестьянскихъ дѣлъ о наслѣдствѣ, о выдѣлѣ и раздѣлѣ семейнаго имущества.

Извѣстно, какой сложной процедурѣ подвергаются въ окружномъ судѣ дѣла по спору о наслѣдствѣ. Исковое прошеніе должно быть написано съ соблюденіемъ ряда формальностей; при немъ должны быть представлены судебныя пошлины и деньги на вызовъ отвѣтчика; если отвѣтчикъ живетъ внѣ города, въ которомъ находится судъ, то для вызова отвѣтчика требуются нерѣдко довольно значительныя путевыя издержки для судебнаго пристава. Исковому прошенію, удовлотворя-

ющему всѣ требуемыя закономъ формальности, дается ходъ въ обыкновенномъ порядкѣ, т. е. отвѣтчикъ вызывается въ мѣсячный, съ поверстнымъ, срокъ. Истецъ долженъ доказать: а) свои права (смерть лица, послѣ котораго открылось наслѣдство, ближайшее родство истца съ умершимъ, что должно быть удостовѣрено выписками изъ метрическихъ книгъ, выданными изъ духовной консисторіи, и отсутствіе духовнаго завѣщанія о спорномъ имуществѣ); б) нарушеніе отвѣтчикомъ правъ истца тѣмъ, напр., что завладѣлъ всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ; в) наличность и составъ наслѣдства; г) право наслѣдодателя на спорное имущество (если имущество — недвижимое, то должны быть представлены надлежащіе акты укрѣпленія). Отвѣтчикъ можетъ предъявить отводъ или возраженіе по существу иска, истецъ долженъ ихъ опровергать представленіемъ доказательствъ. Во время производства дѣла могутъ возникать разныя частныя производства (допросъ свидѣтелей, мѣстный осмотръ и проч.). Все это показываетъ, какъ трудно неграмотному крестьянскому населенію совладать съ сложнымъ формализмомъ окружнаго суда, уже не говоря о тратѣ времени и о весьма значительныхъ расходахъ, сопряженныхъ съ веденіемъ процесса (см. Боровиковскій «Отчетъ Судьи», т. III, дѣла мужичьи). Въ этомъ отношеніи нельзя не согласиться съ слѣдующими словами Кавелина: «прежде, на судѣ гражданскомъ и уголовномъ, ихъ (т. е. крестьянъ) руководили и защищали помѣщики и чиновники, подъ опекой которыхъ они находились. Теперь ихъ никто не руководитъ и не защищаетъ. Они предоставлены исключительно однимъ своимъ силамъ и средствамъ. Особенно на судѣ гражданскомъ, при господствующей теперь строго состязательной формѣ судопроизводства, они, по бѣдности и невѣжеству, проигрываютъ процессы, въ которыхъ вся правда на ихъ сторонѣ» (Вѣстникъ Европы 1881 г. мартъ, «Крестьянскій вопросъ» стр. 25).

Въ не меньшей зависимости отъ системы мірскаго землевладѣнія и обычно-правовыхъ воззрѣній крестьянъ на институты семейнаго и наслѣдственнаго права находится наслѣдованіе по завѣщанію. По свидѣтельству изслѣдователей обычнаго права (Пахманъ, Оршанскій, Тютрюмовъ, Мухинъ, Леонтьевъ, Ефименко и др.), основанному на трудахъ коммиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ и самостоятельныхъ наблюденіяхъ, завѣщанія, въ техническомъ значеніи этого слова, какъ акты mortis causa, встрѣчаются у крестьянъ довольно рѣдко, и свобода выбора наслѣдника весьма ограничена въ крестьянскомъ быту. Завѣщанія у крестьянъ бываютъ не только письменныя, но и словесныя. Изустныя завѣщанія, во многихъ мѣс-

тахъ, пользуются между крестьянами бо́льшимъ уваженіемъ, чѣмъ письменныя, какъ болѣе соотвѣтствующія «отцовскому благословенію». Крестьяне иногда называютъ завѣщаніями такіе акты, которые въ сущности имѣютъ значеніе договора и по которымъ имущество, напр., переходитъ отъ собственника къ другому лицу, при жизни перваго, съ тѣмъ, чтобы послѣдній кормилъ и поилъ его до смерти и платилъ за него подати. (Оршанскій стр. 153—156, Пахманъ, т. II, стр. 313—316; Мухинъ «Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ» стр. 70—77). Въ крестьянскомъ быту встрѣчаются совмѣстныя или совокупныя завѣщанія мужа и жены, а также субституціи, чего по общимъ гражданскимъ законамъ не допускается. Споры, возникающіе между крестьянами о завѣщанномъ имуществѣ или противъ дѣйствительности завѣщанія, должны бы подлежать юрисдикціи волостнаго суда, если завѣщано недвижимое имущество, находящееся въ предѣлахъ волости, хотя бы цѣна спора или тяжбы превышала 100 или 300 руб. (ст. 96 общ. пол. и 15 врем. прав.). Основанія къ такому выводу — тѣ же, какія были указаны относительно подсудности споровъ о наслѣдствѣ. И въ завѣщательномъ правѣ народныя понятія не сходятся съ постановленіями свода, такъ что разборъ означенныхъ дѣлъ общими судами, на основаніи оффиціальнаго права, отзывается неблагопріятно на экономическомъ и юридическомъ бытѣ крестьянъ (см. ниже).

Въ заключеніе этого очерка о подсудности исковыхъ крестьянскихъ дѣлъ я долженъ замѣтить, что, склоняясь въ пользу юрисдикціи волостнаго суда, я имѣю въ виду неприспособленность современнаго нашего матеріальнаго и судебнаго законодательства къ правосознанію и быту крестьнъ и принципіальное преимущество волостнаго суда вообще, какъ суда народнаго, близкаго къ населенію, простаго и дешеваго, предъ общими, государственными судами. Но въ задачу мою не входитъ критика *существующаго* волостнаго суда, со стороны его *настоящей* организаціи, направленія и системы дѣятельности, и разсмотрѣніе того, въ какой мѣрѣ этотъ судъ осуществляетъ идею народно-обычнаго суда и удовлетворяетъ нужды и потребности крестьянскаго населенія. Такое изслѣдованіе связано съ общимъ вопросомъ о необходимыхъ реформахъ въ крестьянскомъ самоуправленіи и его различныхъ органахъ и выходитъ за предѣлы настоящаго очерка (см. Леонтьевъ «Желательная организація народнаго суда» въ жур. юрид. общ., январь—95 г.).

IV.

Мы подошли къ вопросу о подсудности или подвѣдомственности такъ назыв. неисковыхъ дѣлъ крестьянъ, въ которыхъ нѣтъ спора о правѣ. Въ этихъ дѣлахъ преобладаетъ административно - хозяйственный элементъ. И они, наравнѣ съ исковыми дѣлами, находятся въ органической связи съ системою крестьянскаго самоуправленія и землевладѣнія, съ круговою порукою въ платежѣ податей и повинностей и съ мѣстными правовыми обычаями и воззрѣніями.

Остановлюсь на главныхъ группахъ дѣлъ этого рода. А) *Дѣла охранительнаго производства.* 1) Мы уже видѣли, что семейные раздѣлы подвѣдомственны сельскому сходу; при этомъ, компетенція его не ограничена цѣною имущества или наслѣдства (по ст. 167 и примѣч. пол. о вык. раздѣлъ подворныхъ участковъ, пріобрѣтенныхъ отдѣльными домохозяевами до погашенія выкупной ссуды, допускается не иначе, какъ съ разрѣшенія губернскаго выкупнаго учрежденія). Роль сельскаго схода, какъ представителя всего сельскаго общества, заключается главнымъ образомъ въ охраненіи финансовыхъ и экономическихъ интересовъ міра и въ предупрежденіи разстройства въ крестьянскомъ хозяйствѣ. Законъ исходитъ изъ того положенія, что сельскій сходъ близко знаетъ личный составъ семьи, качества каждаго изъ ея членовъ, степень участія каждаго въ пріобрѣтеніи общаго семейнаго имущества, степень исправности домохозяина въ отбываніи разныхъ повинностей и положеніе крестьянскаго хозяйства, обезпечивающаго исправный платежъ этихъ повинностей. На этомъ основаніи, сельскому сходу предоставляется разрѣшать семейный раздѣлъ съ опредѣленіемъ основаній и условій раздѣла, или вовсе не разрѣшать его. Само собою разумѣется, что при этомъ выдвигаются на первый планъ не юридическія, а экономическія и фискальныя соображенія. Въ глазахъ закона, эта функція сельскаго схода относительно семейныхъ раздѣловъ имѣетъ серьезное значеніе, почему и требуется, чтобы приговоры по этимъ дѣламъ *непремѣнно* записывались въ особую книгу (прим. къ ст. 57 общ. пол.). На практикѣ, во многихъ мѣстностяхъ дѣла о раздѣлахъ разбираются сельскими сходами, иногда эти дѣла окончательно разрѣшаются сходомъ и до волостнаго суда не доходятъ, въ большинствѣ же случаевъ они разбираются волостнымъ судомъ, въ случаѣ нежеланія тяжущихся подчиниться рѣшенію сельскаго схода (Скоробогатый — «Устройство крестьянскихъ судовъ» Юрид. Вѣст. 1880 г. кн. 6 стр. 322) [1]).

[1]) По смыслу ст. 15 „врем. прав. о вол. суд.“ недовольные рѣшеніемъ схода могутъ обратиться въ волостной судъ.

2) Выше было указано на значеніе и характеръ духовныхъ завѣщаній въ крестьянскомъ быту. По общему полож. о крестьянахъ (прим. 1 къ ст. 91), сельскимъ жителямъ, состоящимъ въ завѣдываніи учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, предоставляется свидѣтельствовать свои завѣщанія о недвижимомъ и движимомъ имуществѣ, цѣною не свыше 100 р., въ волостныхъ правленіяхъ, коимъ они подвѣдомственны, съ соблюденіемъ при этомъ слѣдующаго порядка: 1) духовное завѣщаніе должно быть словесно объявлено самимъ завѣщателемъ въ волостномъ правленіи, въ присутствіи членовъ онаго и не менѣе двухъ свидѣтелей; 2) по таковомъ объявленіи, завѣщаніе записывается въ книгу сдѣлокъ и договоровъ. Подъ сею записью сперва подписывается завѣщатель и свидѣтели, въ случаѣ же неумѣнія ихъ грамотѣ, другія по ихъ просьбѣ лица, а потомъ и бывшіе при явкѣ завѣщанія члены волостного правленія, изъ коихъ неумѣющіе грамотѣ прикладываютъ должностныя свои печати; 3) затѣмъ выдается завѣщателю точная со всего, что вписано въ книгу, выпись, за подписью всѣхъ наличныхъ членовъ волостнаго правленія и за печатью онаго. Выписи эти имѣютъ, въ случаѣ спора, силу судебнаго доказательства воли завѣщателя, если признаются дѣйствительными, то есть неподложными. Подробное описаніе порядка совершенія духовныхъ завѣщаній, термины: «засвидѣтельствованіе», «явка завѣщаній» и заключительныя слова приведеннаго примѣчанія, показываютъ, что выдачею выписи завѣщанія заканчивается обрядъ не только совершенія, но и явки его, и что со смертью лица завѣщаніе eo ipso вступаетъ въ дѣйствіе, не требуя новаго засвидѣтельствованія или судебнаго утвержденія, какъ это установлено общими законами. По гражданскимъ нашимъ законамъ, подлинность и отчасти дѣйствительность завѣщаній повѣряется послѣ смерти завѣщателя судомъ; безъ этой повѣрки и безъ надлежащаго судебнаго утвержденія, завѣщаніе не имѣетъ силы юридическаго акта. Но завѣщанія крестьянъ, совершенныя въ указанномъ порядкѣ, по смыслу закона, предполагаются подлинными и дѣйствительными, пока не заявлено противъ нихъ спора, *и безъ повѣрки ихъ судомъ* (см. кас. рѣш. № 64—84 г.). И по правиламъ, принятымъ въ крестьянскомъ быту, завѣщанія крестьянъ вступаютъ въ силу и исполняются послѣ смерти завѣщателя, и нѣтъ указанія на то, чтобы предварительно требовалось судебнаго утвержденія (Пахманъ, т. II стр. 344). Въ иныхъ мѣстахъ сельскій сходъ обсуждаетъ завѣщанія и утверждаетъ ихъ, ежели признаетъ правильными и согласными съ обычными правилами о наслѣдствѣ (Скоробогатый, Юрид. В. 1880 г. іюнь, стр. 326). И такъ, крестьяне *могутъ*

но не обязаны) совершать духовныя завѣщанія упомянутымъ выше порядкомъ. Но компетенція волостного правленія по этому предмету относится только къ крестьянамъ, живущимъ въ той же волости, и ограничена цѣною имущества въ 100 руб. Предметомъ завѣщанія могутъ быть недвижимыя имущества и внѣ крестьянскаго надѣла. Рядъ сложныхъ формальностей, требуемыхъ нашими гражданскими законами при составленіи, храненіи и явкѣ завѣщаній, порождаетъ для крестьянъ большія затрудненія. Каждому юристу-практику извѣстно, что нерѣдко окружные суды отказываютъ въ утвержденіи завѣщаній крестьянъ на томъ основаніи, между прочимъ, что́ свидѣтели неграмотные, что въ одномъ лицѣ соединены: переписчикъ завѣщанія, рукоприкладчикъ и свидѣтель, что завѣщаніе представлено въ судъ по истеченіи года со дня смерти завѣщателя и т. п. И съ матеріальной стороны, обычное право у крестьянъ допускаетъ такія завѣщательныя распоряженія, которыя нашъ сводъ признаетъ недѣйствительными, какъ напр. субституцію и совокупныя завѣщанія. Въ виду этого слѣдовало бы расширить компетенцію волостнаго правленія и предоставить крестьянамъ свидѣтельствовать при жизни въ волостномъ правленіи завѣщанія цѣною и свыше 100 руб., если завѣщанное имущество составляетъ выкупленный крестьянскій надѣлъ и его принадлежности, тѣмъ болѣе, что завѣщательныя распоряженія крестьянъ, большею частью, совпадаютъ съ порядкомъ наслѣдованія по обычаю (Мухинъ, назв. соч. стр. 71—77).

3) Дѣла объ охраненіи наслѣдствъ и объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства. Оба эти института весьма слабо развиты въ нашемъ законодательствѣ, относительно крестьянскаго населенія. Процессуальныя постановленія закона, изложенныя въ ст. 1401—1408 уст. гр. суд., *повидимому* не дѣлаютъ никакого различія между крестьянами и другими сословіями по вопросу о подсудности этого рода дѣлъ, такъ что дѣла по охраненію наслѣдства крестьянъ подлежатъ юрисдикціи мировыхъ установленій, а дѣла объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства—мировыхъ или общихъ судебныхъ установленій, по правиламъ о подсудности. И дѣйствительно, въ практикѣ окружныхъ судовъ встрѣчаются довольно часто дѣла объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства къ имуществу крестьянъ. Что́ бы ни говорили защитники обязательнаго судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства и принятія охранительныхъ мѣръ, при современныхъ условіяхъ быта сельскаго населенія, не представляется, по моему мнѣнію, надобности примѣнять къ нему тотъ или другой институтъ. Коренное различіе во взглядахъ на право наслѣдованія у крестьянъ и у привилегиро-

ванныхъ классовъ, господство у первыхъ мѣстныхъ юридическихъ обычаевъ, нормирующихъ институтъ наслѣдства, сами по себѣ, при равенствѣ даже другихъ условій, не позволяютъ въ настоящее время подчинить крестьянъ одному и тому же порядку судебнаго охраненія и утвержденія наслѣдственныхъ правъ съ другими сословіями. Во внутренней жизни крестьянъ, въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, не представляется надобности ни въ легитимаціи званія наслѣдника, ни въ охраненіи наслѣдства. Всѣ факты общественной и индивидуальной жизни крестьянъ, личный составъ и хозяйственное положеніе каждой крестьянской семьи, всякое видоизмѣненіе въ ней,—извѣстны міру настолько, что незачѣмъ удостовѣрять эти факты какими-либо судебными доказательствами и актами. Міръ и всѣ органы крестьянскаго самоуправленія хорошо знаютъ фактъ открытія крестьянскаго наслѣдства, составъ его и всѣхъ претендентовъ къ нему; вслѣдствіе этого, переходъ наслѣдства совершается самъ собою, безъ всякаго активнаго участія общественной власти. Эта послѣдняя вмѣшивается лишь тогда, когда семья распадается и имущество должно дробиться между членами семьи и когда въ числѣ этихъ послѣднихъ есть малолѣтніе: въ первомъ случаѣ отъ сельскаго схода зависитъ разрѣшеніе семейнаго раздѣла, во второмъ—онъ же назначаетъ опекуновъ и попечителей (ст. 51 п. 4 и 5 общ. пол.). Легитимація наслѣдничьяго званія, какъ убѣждаетъ опытъ и судебная практика, требуется главнымъ образомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, реализируя свои наслѣдственныя права, приходитъ въ соприкосновеніе съ оффиціальными или quasi—оффиціальными учрежденіями (наприм., съ судебными и присутственными мѣстами, съ казенными и частными кредитными учрежденіями). Чаще всего крестьяне ходатайствуютъ о судебномъ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдства для того, чтобы ввестись во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ наслѣдодателя. Но и въ этихъ случаяхъ можно бы ограничиться приговоромъ сельскаго схода или лучше всего постановленіемъ волостного суда о наслѣдственныхъ правахъ лицъ, принадлежащихъ къ сельскому крестьянскому населенію. На основаніи устава сберегательныхъ кассъ (19 октября 1864 года, ст. 20 [1]), въ случаѣ смерти вкладчика, капиталъ и проценты уплачиваются законнымъ наслѣдникамъ, по предъявленіи книжки на вклады и представленія, сверхъ удостовѣренія въ личности, свидѣтельства судебнаго мѣста о правѣ на наслѣдство, или удостовѣренія волостного правленія о наслѣдствѣ по обычаю, если вкладчикъ при-

[1]) 1 іюня 1895 года изданъ *новый* уставъ гос. сберегательныхъ кассъ.

надлежитъ къ крестьянскому сословію. При казуистическомъ происхожденіи многихъ нашихъ законовъ, задача практической юриспруденціи заключается въ томъ, чтобы открыть въ нихъ руководящій принципъ, на основаніи котораго можетъ быть разрѣшенъ цѣлый рядъ однородныхъ и аналогичныхъ случаевъ. Въ приведенной статьѣ устава, удостовѣренію органа крестьянскаго управленія придается значеніе, равносильное судебному утвержденію въ правахъ наслѣдства, для полученія вклада изъ сберегательной кассы, слѣдовательно, и во всѣхъ другихъ случаяхъ реализаціи наслѣдственныхъ правъ въ крестьянскомъ имуществѣ, наслѣдничье званіе можетъ быть удостовѣрено тою же властью (срав. Оршанскій, Судебный жур. 1873 г. кн. 2, стр. 16—18, 34—37, кн. 3, стр, 67, 68, о судебномъ утв. въ правахъ наслѣдства; Жур. гр. и уг. пр. 1875 г., кн. 5, стр. 37). Этимъ способомъ крестьяне будутъ избавлены отъ сложной процедуры судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства, соединенной съ принятіемъ охранительныхъ мѣръ, между прочимъ, съ вызовомъ наслѣдниковъ черезъ публикацію въ сенатскихъ объявленіяхъ, и съ представленіемъ доказательствъ смерти наслѣдодателя и родства съ нимъ просителя, добываніе которыхъ (т. е. доказательствъ) сопряжено для крестьянъ съ большими хлопотами и расходами. Вмѣстѣ съ тѣмъ будетъ устранено вторженіе оффиціальныхъ общихъ судовъ въ обычный порядокъ крестьянскаго наслѣдованія, во многомъ существенно отличающійся отъ общаго порядка наслѣдованія. На практикѣ, мѣры къ охраненію наслѣдства крестьянъ принимаются сельскими или волостными властями, въ случаѣ смерти лица, имущество котораго подлежитъ опекѣ, вслѣдствіе малолѣтства наслѣдниковъ (Малышевъ, Курсъ гр. суд., т. III стр., 43 цит. 19 и 21) [1].

4) Дѣла о вводѣ во владѣніе. По общему правилу, дѣла о вводѣ во владѣніе подсудны окружному суду, по мѣсту нахожденія недвижимаго имѣнія (ст. 1424 и 1425 уст. гр. суд.). Судъ, постановивъ о вводѣ во владѣніе, выдаетъ исполнительный листъ, на основаніи котораго совершается самый вводъ судебнымъ приставомъ или мировымъ судьею (ст. 1426 и 1435). Для крестьянъ, пріобрѣтающихъ земли посредствомъ выкупа, съ содѣйствіемъ правительства или въ даръ отъ помѣщиковъ, на основаніи 123 ст. пол. Великор. и 116 ст. пол. Малор., или пріобрѣвшихъ земли, въ прежнее время, на имя

[1]) Ст. 15 времен. правилъ, хотя и предоставляетъ дѣла о наслѣдованіи юрисдикціи вол. суда, но съ ограниченіями относительно цѣны и свойства имущества.



помѣщика (ст. 32 об. пол.), установленъ упрощенный способъ ввода во владѣніе этими землями. Они вводятся во владѣніе мировымъ судьею того участка, гдѣ имѣніе находится (или уѣзднымъ членомъ окр. суда), на основаніи данной, сообщаемой ему губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ, такъ что никакого предварительнаго судебнаго постановленія и исполнительнаго листа не требуется (ст. 16 прил. къ ст. 109 пол. о вык., по прод. 1890 года). Такой же порядокъ долженъ быть примѣняемъ и къ бывшимъ государственнымъ крестьянамъ, выкупившимъ свой надѣлъ взносомъ въ казну соотвѣтствующаго капитала (ст. 24 и 25 пол. гос. крест.) и получившимъ на эти земли данныя. Всѣ же остальныя дѣла о вводѣ во владѣніе крестьянъ, по смыслу закона, подсудны окружнымъ судамъ. Не касаясь общаго вопроса о значеніи института ввода во владѣніе и о томъ, въ какой степени взглядъ нашихъ судовъ и старшихъ нотаріусовъ на этотъ институтъ согласенъ съ положеніями нашего гражданскаго права (см. Побѣдоносцевъ, Судебное руководство стр. 547—553), замѣчу только, что сосредоточеніе всѣхъ дѣлъ о вводѣ въ окружныхъ судахъ, независимо отъ цѣны недвижимаго имѣнія, оказывается нерѣдко весьма обременительнымъ для крестьянъ. Кромѣ издержекъ при производствѣ дѣла и потери времени на поѣздку въ городъ за полученіемъ исполнительнаго листа и друг. бумагъ, самое серьезное затрудненіе для крестьянъ заключается въ томъ, что окружные суды, ссылаясь на 1424 ст. уст. гражд. суд., требуютъ безусловно, для постановленія о вводѣ, представленія крѣпостного акта на недвижимое имѣніе. Такое требованіе не всегда исполнимо: при централизаціи крѣпостныхъ учрежденій и при неграмотности крестьянъ, переходъ имущества, по добровольному отчужденію или по наслѣдству, совершается домашнимъ порядкомъ, такъ что нерѣдко послѣ такого пріобрѣтенія правъ не остается никакихъ матеріальныхъ слѣдовъ, кромѣ факта владѣнія. Въ виду этого слѣдовало бы или вовсе освободить крестьянское землевладѣніе отъ ввода во владѣніе, или подчинить дѣла о вводѣ юрисдикціи волостного суда, не стѣсняя его при этомъ никакими формальными доказательствами для удостовѣренія принадлежности имѣнія лицу.

5) Дѣла опекунскія. На основаніи прим. къ ст. 21 об. пол. (пол. о башк. ст. 4. прим.) попеченіе о личности и объ имуществѣ малолѣтнихъ сиротъ возлагается на обязанность сельскихъ обществъ. Въ назначеніи опекуновъ и попечителей, въ повѣркѣ ихъ дѣйствій и во всѣхъ сего рода дѣлахъ, крестьяне руководствуются мѣстными своими обычаями. Кромѣ малолѣтства, основаніемъ къ назначенію

опеки служитъ неисправность въ платежѣ казенныхъ и мірскихъ повинностей и выкупныхъ платежей. Къ недоимщику назначается сельскимъ обществомъ (а въ одномъ случаѣ вол. начальствомъ) опекунъ, безъ разрѣшенія котораго подъопечный не можетъ отчуждать что-либо изъ своего имущества (п. 3 ст. 188 об. пол., п. 3 ст. 127, п. 4 ст. 133 пол. о вык.). Опекунскія дѣла отнесены къ компетенціи сельскаго схода, какъ коллективнаго представителя сельскаго общества; сходъ назначаетъ опекуновъ и попечителей и повѣряетъ ихъ дѣйствія (п. 4 ст. 51 об. пол.; ср. кас. рѣш. 1872 г. № 210). Жалобы на распоряженія схода, клонящіяся къ ущербу малолѣтняго, приносятся родственниками послѣдняго мировому посреднику и уѣздному по крестьянскимъ дѣламъ присутствію или земскому начальнику (прим. къ ст. 21 об. пол., п. 11 ст. 143 пол. учр. крест., 38 пол. о зем. нач.). Изъ вышеприведеннаго прим. къ ст. 21 об. п. мы видимъ, что всѣ отношенія, вытекающія изъ института опеки у крестьянъ, разрѣшаются на основаніи мѣстныхъ обычаевъ въ опекунскихъ дѣлахъ. Въ виду такого оффиціальнаго признанія дѣйствія обычая въ опекунскихъ дѣлахъ, слѣдовало бы, до общаго пересмотра законовъ объ опекѣ, подчинить всѣ дѣла, возникающія изъ отношеній опекуна къ крестьянскому имуществу, юрисдикціи волостнаго суда. На практикѣ, въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ опекуны назначаются сельскимъ старостою или волостнымъ старшиною, а также волостнымъ сходомъ и волостнымъ судомъ. Назначеніе опекуна у крестьянъ обыкновенно совпадаетъ съ мѣрами охраненія наслѣдства (Пахманъ, II стр. 350, 352, 359—361; Малышевъ, Курсъ гражд. права, особое прилож. стр. 762; Тютрюмовъ, въ Словѣ 1881 г. февраль стр. 71).

6) Нотаріальныя и крѣпостныя дѣла. Съ отмѣною крѣпостнаго права, крестьяне были сравнены съ другими свободными сельскими обывателями въ дѣеспособности. Крестьяне, вышедшіе изъ крѣпостной зависимости, могутъ входить во всякіе, закономъ дозволенные, договоры и обязательства съ частными лицами и съ казною, заниматься торговлею и промышленностью (ст. 22 и 23 об. пол.). Крестьянская реформа положила основаніе новымъ группамъ юридическихъ отношеній крестьянъ, какъ между собою, такъ и къ помѣщикамъ, казнѣ и постороннимъ лицамъ; объемъ этихъ отношеній ростетъ по мѣрѣ развитія экономической жизни всѣхъ слоевъ населенія вообще и крестьянъ въ особенности. Формулировка этихъ отношеній или способъ выраженія ихъ внѣшними, матеріальными знаками, бываетъ различный, смотря по природѣ отношеній: однѣ юридическія сдѣлки совершаются безъ участія органовъ общественной власти, на словахъ

или письменно, другія—при участіи таковыхъ, на письмѣ. Къ этимъ двумъ главнымъ типамъ сводятся всѣ формы юридическихъ сдѣлокъ у всѣхъ культурныхъ общественныхъ союзовъ нашего времени. Въ юридическомъ быту крестьянъ форма получаетъ особенное значеніе въ виду низкаго уровня умственнаго развитія и неграмотности большинства крестьянскаго населенія. Законодательныя политика въ вопросѣ о формѣ сдѣлокъ преслѣдуетъ, главнымъ образомъ, двѣ цѣли: а) легкость и удобство заключенія сдѣлокъ, б) прочность и устойчивость ихъ. Равномѣрное и одновременное достиженіе этихъ цѣлей составляетъ весьма трудную задачу законодательства. У насъ вторая цѣль преобладаетъ надъ первою. Легкость и удобство заключенія юридическихъ сдѣлокъ приносятся нерѣдко въ жертву прочности и обезпеченности ихъ. Централизація нотаріальныхъ и въ особенности крѣпостныхъ дѣлъ въ большихъ городахъ, сложный механизмъ производства, отдаленность корраборативныхъ учрежденій отъ мѣстъ крестьянской осѣдлости, значительно задерживаютъ и стѣсняютъ движеніе граждански—правоваго оборота среди нашего крестьянства. Я отмѣчаю этотъ фактъ въ виду стоящей на очереди реформы въ порядкѣ укрѣпленія правъ на недвижимое имущество и введенія у насъ въ близкомъ будущемъ ипотечной системы.

Въ настоящее время, по дѣйствующему нашему законодательству, существуютъ рядомъ два учрежденія, при участіи коихъ совершаются акты и юридическія сдѣлки крестьянъ.

а) Волостное правленіе. На основаніи 91 ст. общ. полож. при волостномъ правленіи ведется книга сдѣлокъ и договоровъ. Въ сію книгу вносятся, по желанію договаривающихся сторонъ, всякаго рода сдѣлки и обязательства (на суммы не свыше 300 руб.), заключенныя крестьянами, какъ между собою, такъ равно съ помѣщикомъ или посторонними лицами, когда такія сдѣлки и обязательства словесно объявлены въ присутствіи не менѣе двухъ свидѣтелей и подписаны обѣими договаривающимися сторонами, или, по просьбѣ ихъ, кѣмъ либо другимъ, за неумѣніемъ грамотѣ. Записи, внесенныя въ сію книгу, а равно выдаваемыя съ нихъ засвидѣтельствованныя копіи, имѣютъ, въ случаѣ спора, силу судебнаго доказательства, если признаются дѣйствительными (неподложными). По смыслу приведеннаго закона, эти записи, въ случаѣ спора, не имѣютъ значенія публичныхъ документовъ: онѣ, наравнѣ съ домашними актами, имѣютъ силу судебнаго доказательства лишь въ случаѣ признанія ихъ подлинности противною стороною или судомъ (ст. 458 уст. гр. суд.; терминъ «дѣйствительность» записи, употребленный ст. 91 пол., неточенъ, его

слѣдуетъ замѣнить терминомъ «подлинность» записи). Акты объ ограниченіи или отчужденіи правъ на недвижимое имущество, цѣною хотя и менѣе 300 руб., не могутъ быть совершаемы указаннымъ порядкомъ (ст. 66 полож. о нотар. части; кас. р. № 357—79).

б) Нотаріусы или, въ случаѣ, указанномъ въ ст. 2 пол. о нот. части, мировые или городскіе судьи или же уѣздн. члены окр. суда. Къ ихъ компетенціи законъ относитъ между прочимъ: 1) засвидѣтельствованіе довѣренностей крестьянъ, данныхъ помѣщику, и вообще довѣренностей крестьянъ на ходатайство по ихъ дѣламъ, и удостовѣреніе въ правильности составленія и засвидѣтельствованія добровольныхъ условій, заключаемыхъ между помѣщиками и крестьянами по дѣламъ, между ними возникающимъ; 2) засвидѣтельствованіе договоровъ о наймѣ въ сельскія работы или въ услуженіе (ст. 157 пол. учр. крест.). Замѣчу, что договоры о наймѣ въ сельскія работы или въ услуженіе могутъ быть совершаемы и словесно. Письменные договоры по тому же предмету могутъ быть являемы для засвидѣтельствованія въ волостномъ правленіи (ст. 2 и 4 прил. II къ ст. 31 пол. учр. крест.). Въ опредѣленіи закона о предметахъ вѣдомства нотаріусовъ нельзя не замѣтить существеннаго отступленія отъ общаго принципа. Выше указывалось на то, что взаимныя отношенія между помѣщиками и крестьянами, образовавшіяся вслѣдствіе крестьянской реформы, такъ тѣсно связаны съ системою поземельнаго устройства крестьянъ, что регулированіе ихъ и разрѣшеніе сомнѣній и споровъ отнесены закономъ къ юрисдикціи главныхъ исполнителей крестьянской реформы—учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ. Такая юрисдикція была сохранена и послѣ введенія судебныхъ уставовъ. Согласно съ этимъ, къ вѣдѣнію крест. учрежденій отнесено было засвидѣтельствованіе добровольныхъ соглашеній между помѣщиками и крестьянами по предметамъ, относящимся до поземельнаго надѣла, до отбытія повинностей, до перенесенія усадебъ, оцѣнки ихъ, выкупа усадьбъ и поземельныхъ угодій, и т. п. (ст. 86 пол. учр. крест.). По какимъ же соображеніямъ эти функціи мироваго посредника переданы были, съ 1874 года, вѣдѣнію нотаріусовъ, лицъ, совершенно постороннихъ къ крестьянской реформѣ? Я думаю, что ради формальнаго единства нотаріальной системы нельзя жертвовать существомъ дѣла и матеріальными имущественными интересами частныхъ лицъ. По моему мнѣнію, исчисленные предметы должны были бы быть отнесены къ юрисдикціи непремѣнныхъ членовъ крестьянскихъ присутствій или зем. нач., которые, по закону, завѣдываютъ дѣлами по поземельному устройству крестьянъ (ст. 151 пол. учр. кр.).

В) Дѣла *исполнительныя* отнесены къ компетенціи административно-полицейскихъ учрежденій. Укажу вкратцѣ на главные предметы вѣдомства сельскихъ и волостныхъ должностныхъ лицъ и волостного правленія. Сельскій староста приводитъ въ исполненіе приговоры сельскаго схода, распоряженія волостного правленія и мировыхъ учрежденій (п. 3 ст. 58 об. пол.), приказанія волостного старшины, законныя требованія помѣщика, судебнаго слѣдователя, мѣстной полиціи и всѣхъ установленныхъ властей (ст. 59, 60, 63), приговоры и рѣшенія волостнаго суда (ст. 110). Волостной старшина объявляетъ законы и распоряженія правительства, наблюдаетъ за исполненіемъ приговоровъ волостнаго суда и мировыхъ учрежденій (п. 1 и 8 ст. 83 об. пол.), приводитъ въ исполненіе приговоры волостнаго схода и законныя требованія установленныхъ властей (ст. 85). Вѣдѣнію волостнаго правленія подлежитъ, между прочимъ, продажа частнаго крестьянскаго имущества по взысканіямъ казны, помѣщика или частнаго лица (2 п. ст. 89 об. пол., примѣч. къ ст. 128 пол. о вык.). Замѣчу, что продажа задержанныхъ, произведшихъ потраву животныхъ, производится по распоряженію волостнаго суда (ст. 14 прил. I къ ст. 3 пол. учр. кр.). Въ дѣйствительности же, административно-исполнительная дѣтельность органовъ сельскаго и волостнаго управленія, въ особенности волостнаго правленія, выходитъ далеко за предѣлы, начертанные въ полож. о крест. На практикѣ волостное правленіе сдѣлалось низшею инстанціею полицейскаго управленія, которой всякій можетъ поручать все, что угодно (см. Голосъ за 1881 г. № 96—Волостное самоуправленіе Н. Ляхова; Васильчиковъ, Самоуправленіе, т. I, стр. 233).

V.

Сдѣланный мною очеркъ подсудности гражданскихъ дѣлъ крестьянъ основанъ, какъ видѣли читатели, на законодательныхъ опредѣленіяхъ, изданныхъ и кодифицированныхъ въ положеніяхъ о крестьянахъ. Эти опредѣленія не сконцентрированы въ одну стройную, логическую систему, а разбросаны въ разныхъ частяхъ «Положеній» и имѣютъ при томъ характеръ отрывочности и казуистичности. Эти обстоятельства въ значительной степени затрудняютъ изученіе вопроса о подсудности во всей его полнотѣ и отысканіе тѣхъ общихъ принциповъ, которые легли въ основу законодательныхъ постановленій по разсматриваемому предмету. Но изъ вышеизложеннаго открывается, что во всей пестротѣ матеріала, прямо или косвенно касающагося нашего вопроса, можно подмѣтить одну руководящую мысль:

изолированіе, въ извѣстныхъ предѣлахъ, крестьянской юстиціи отъ общей системы юстиціи, существующей для всѣхъ другихъ слоевъ населія. Волостной судъ, введенный положеніемъ 19 февраля 1861 года для бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ, а съ 1866 года для бывшихъ государственныхъ крестьянъ, постановленъ особнякомъ отъ всей системы нашихъ судебныхъ установленій и существенно отъ нихъ отличается. Во первыхъ, волостной судъ есть сословное, выборное учрежденіе, организованное изъ мѣстныхъ элементовъ исключительно крестьянскаго населенія и созданное только для этого послѣдняго. Сословный принципъ, дѣйствовавшій прежде въ нашихъ судахъ и отвергнутый судебною реформою, сохраненъ для крестьянскаго волостнаго суда. Во вторыхъ, главнымъ факторомъ волостной юстиціи служатъ мѣстные юридическіе обычаи и воззрѣнія. Ходъ процеса въ волостномъ судѣ вовсе не нормированъ въ общ. пол. Дѣятельность сторонъ и суда, ихъ взаимныя отношенія, способъ доказыванія извѣстныхъ событій и проч., не предустановлены въ законѣ. Исходъ дѣла, регулированіе спорныхъ отношеній между тяжущимися стоитъ въ прямой зависимости, при отсутствіи заявленныхъ въ волостномъ правленіи сдѣлокъ и обязательствъ отъ мѣстныхъ обычаевъ (ст. 107 об. пол.). Точно также во Врем. правилахъ о вол. судѣ порядокъ производства суда намѣченъ вскользъ. Такая исключительная организація волостного суда находится въ связи со всею системою крестьянскаго самоуправленія, созданнаго положеніемъ 19 февраля и построеннаго на началѣ обособленія и сословности. Система дѣятельности волостнаго суда находится въ зависимости отъ исторически сложившихся условій правоваго быта нашего крестьянства. Составители «Положеній» не могли игнорировать различія въ понятіяхъ и правосознаніи крестьянъ и остальныхъ классовъ населенія. Они не сочли возможнымъ навязать только - что вышедшему изъ крѣпостной зависимости народу чуждые и неподходящіе подъ его умственный и моральный уровень правовые институты и понятія. Законодательство наше, какъ мы видѣли, ечертило только внѣшнія границы дѣятельности волостныхъ судовъ, опредѣляя ихъ юрисдикцію; внутри же этихъ границъ волостная юстиція предоставлена была самой себѣ, безъ вторженія чуждыхъ народному сознанію элементовъ. Но этотъ принципъ обособленности и невмѣшательства былъ фактически поколебленъ учрежденіемъ въ 1866 году кассаціонной инстанціи для волостныхъ судовъ, въ лицѣ съѣзда мировыхъ посредниковъ и (съ 1874 года) уѣзднаго по крестьянскимъ дѣламъ присутствія (прил. къ ст. 109, прим., общ. пол.). Оффиціальное и бюрократическое отношеніе

учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ къ волостному суду, частое вмѣшательство этихъ учрежденій въ существо дѣла, навязываніе крестьянской юстиціи понятій и опредѣленій писаннаго, оффиціальнаго закона, частая отмѣна рѣшеній вслѣдствіе несогласія ихъ со сводомъ,—отразились неблагопріятно на самобытности волостныхъ судовъ и немало препятствовали ихъ самодѣятельности. Однако, идея волостнаго суда, какъ суда сословнаго, близкаго, дешеваго, простаго и дѣйствующаго на основаніи правилъ, принятыхъ въ крестьянскомъ быту, въ общемъ сохранилась. Указанное отношеніе учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ къ дѣятельности волостныхъ судовъ не коренилось въ законѣ, а зависѣло исключительно отъ неправильнаго пониманія первыми своей задачи и отъ ихъ субъективныхъ взглядовъ на основную идею народнаго суда.

И такъ, по дѣйствующему законодательству всѣ спорныя дѣла крестьянъ подсудны: одни волостному суду, другія — крестьянскимъ учрежденіямъ, третьи—мировымъ (или судебно-адм. учр.) или общимъ судебнымъ установленіямъ. Какъ ни желательно устройство мѣстнаго, низшаго суда на началѣ всесословности, каковы бы ни были недостатки въ организаціи и дѣятельности волостныхъ судовъ (а они несомнѣнно существуютъ)—идеалъ единаго, общаго суда для крестьянъ и для другихъ сословій, въ настоящее время, по моему мнѣнію, едва ли осуществимъ. Волостной судъ поставленъ въ ряду другихъ крестьянскихъ установленій и вмѣстѣ съ ними построенъ на началѣ особаго крестьянскаго управленія. Безъ коренной реформы этого послѣдняго, безъ пересмотра нашего гражданскаго и судебнаго законодательства, нельзя разсчитывать на прочное сліяніе крестьянства съ другими классами населенія въ единую для всѣхъ юстицію. Специализація и обособленность крестьянскаго суда представляется ничѣмъ инымъ, какъ логическимъ послѣдствіемъ всего строя крестьянскаго управленія. Кромѣ того, волостные суды, какъ я уже замѣтилъ, въ смыслѣ народныхъ, дѣйствующихъ на основаніи обычаевъ и близкихъ къ населенію судовъ, болѣе отвѣчаютъ пользамъ и нуждамъ крестьянъ, при настоящихъ условіяхъ ихъ быта, нежели общіе, оффиціальные суды, руководствующіеся исключительно писаннымъ нашимъ закономъ. Стоитъ только вспомнить порядокъ производства тяжебныхъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ, чтобы убѣдиться въ томъ, что устройство и процессуальный формализмъ общихъ судовъ далеко не приспособлены къ свойству крестьянскихъ дѣлъ и къ правосознанію крестьянъ. При неразвитости и неграмотности послѣднихъ, при централизаціи окружныхъ судовъ въ губернскихъ городахъ, далеко отъ мѣстъ

постоянной осѣдлости крестьянъ, — личное веденіе ими своихъ дѣлъ въ окружномъ судѣ представляется почти невозможнымъ. Представительство въ этихъ дѣлахъ неизбѣжно. Крестьянскія общества или отдѣльные крестьяне, по необходимости, должны прибѣгать къ помощи адвокатовъ. Но крестьяне относятся къ адвокатамъ недовѣрчиво и даже враждебно. По взгляду крестьянъ, повѣренные на судѣ вредны, въ особенности занимающіеся хожденіемъ по чужимъ дѣламъ, какъ ремесломъ (Оршанскій, Жур. гражд. и угол. права 1875 г., кн. 4, стр. 206; Зарудный, въ томъ же жур. 1874 г., кн. 3, стр. 175; Пахманъ, I, стр. 396). При такомъ отношеніи къ ходатаямъ, трудно ожидать отъ крестьянъ полной откровенности при передачѣ имъ своихъ дѣлъ. Ходатаи, въ свою очередь, пользуясь невѣжествомъ крестьянъ, подчасъ вовлекаютъ ихъ въ сомнительные процессы, создаютъ, такъ сказать, дѣла, преслѣдуя при этомъ свои личныя, денежныя выгоды. Въ результатѣ получаются весьма прискорбныя явленія. Дѣло, по бездоказательности, проигрывается, съ крестьянъ присуждаются судебныя издержки въ пользу оправданной стороны, въ добавокъ къ понесеннымъ уже значительнымъ расходамъ по дѣлу. Извѣстно, что въ окружныхъ судахъ издержки по дѣлу достигаютъ, во многихъ случаяхъ, весьма солидныхъ размѣровъ, въ особенности по поземельнымъ спорамъ. Такъ, напр., мѣстные осмотры, производимые черезъ члена суда, при участіи свѣдущихъ людей (напр., землемѣровъ) обходятся тяжущимся очень дорого. Иногда расходы по дѣлу о захватѣ, напр., одной десятины земли, поглощаютъ стоимость отыскиваемаго имущества. Система доказательствъ въ окружныхъ судахъ не гармонируетъ съ системою пріобрѣтенія правъ, существующею въ крестьянскомъ быту, въ особенности, когда дѣло касается землевладѣнія и крестьянскаго семейнаго имущества. Различіе между понятіями и воззрѣніями на многіе правовые институты крестьянъ и культурныхъ классовъ доходитъ иногда до того, что крестьяне силою сопротивляются исполненію рѣшенія общаго суда, напр., о наслѣдствѣ, какъ противорѣчащаго ихъ понятіямъ о правѣ и справедливости (Оршанскій, тамъ же, кн. 5, стр. 36). Какое непримиримое разногласіе проявляется нерѣдко между правовымъ сознаніемъ народа и условіями дѣятельности общихъ судовъ, доказываетъ слѣдующій случай изъ моей практики. Въ окружномъ судѣ производилось дѣло по иску частнаго лица объ изъятіи изъ владѣнія одного крестьянскаго общества земли. Судъ призналъ искъ правильнымъ и, по апелляціи повѣреннаго крестьянъ, судебная палата утвердила рѣшеніе суда. Истецъ былъ введенъ во владѣніе отсужденною ему землею. Затѣмъ, изъ этого исковаго дѣла

возникло въ исполнительномъ порядкѣ дѣло объ убыткахъ, причиненныхъ истцу незаконнымъ владѣніемъ крестьянъ означенною землею, въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ. При производствѣ мѣстнаго осмотра, для опредѣленія количества убытковъ, крестьяне съ полною увѣренностью все еще считали, что земля принадлежитъ имъ, недоумѣвая обо всемъ происходившемъ и игнорируя совершенно все предъидущее производство и рѣшенія судебныхъ мѣстъ. Отсюда разумѣется одинъ шагъ къ ропоту, неудовольствію, ослушанію распоряженіямъ судебныхъ мѣстъ и къ сопротивленію властямъ, исполняющимъ такія распоряженія...

Сказанное достаточно убѣждаетъ въ неотложности законодательныхъ мѣропріятій относительно подсудности крестьянскихъ дѣлъ. Во многихъ мѣстахъ настоящаго очерка я высказался въ пользу расширенія юрисдикціи волостныхъ судовъ. Такое расширеніе, однако, обусловливается предварительною реорганизаціею волостныхъ судовъ, устраненіемъ присущихъ ихъ личному составу недостатковъ, упорядоченіемъ системы производства въ нихъ дѣлъ и учрежденіемъ соотвѣтствующей народному суду апелляціонной инстанціи (Ср., *Леонтьевъ* «Желательная организація народнаго суда «въ жур. юр. общ. 1891 г. январь; *Языковъ* «О реформѣ волостныхъ судовъ» въ жур. гр. и уг. пр. 1882 г., кн. I), «Волостной судъ», въ юрид. газ. 96 г., № 7). Но эти вопросы выходятъ изъ предѣловъ моего изслѣдованія. Скажу только, что огромное большинство нашего населенія почти не пользуется, относительно своихъ гражданскихъ дѣлъ, благодѣяніями судебной реформы. Нашему крестьянству нуженъ судъ близкій, простой, дешевый и соотвѣтствующій современному состоянію его культуры.

Конечно, единый, равный для всѣхъ гражданъ, безъ различія сословій и состояній, судъ и законъ, составляютъ идеалъ общественныхъ союзовъ новѣйшей формаціи, но этотъ идеалъ достигается историческимъ ходомъ событій и всестороннимъ развитіемъ народа.

Указанныя выше неудобства и затрудненія при производствѣ крестьянскихъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ можно было бы, повидимому, устранить посредствомъ значительнаго упрощенія въ общихъ судахъ процессуальнаго формализма для дѣлъ, въ коихъ участвуютъ крестьяне, и посредствомъ примѣненія къ этимъ дѣламъ мѣстныхъ крестьянскихъ обычаевъ и воззрѣній. Но этотъ путь представляетъ много трудностей и едва ли приведетъ въ скоромъ времени къ желанной цѣли. Я уже не говорю о неизбѣжной при этомъ двойственности въ порядкѣ производства въ одномъ и томъ же судѣ гражданскихъ дѣлъ, о нарушеніи принципа равенства сторонъ въ процессѣ и строго-со-

стязательнаго начала. Едва ли общіе суды стали бы примѣнять при рѣшеніи крестьянскихъ дѣлъ нормъ обычнаго права при нерасположеніи и недовѣріи нашихъ коронныхъ судей ко всему тому, что не согласуется съ писаннымъ закономъ. Даже мировые судьи, вопреки 130 ст. уст. гр. суд., почти никогда не примѣняютъ обычая при рѣшеніи гражданскихъ дѣлъ. При томъ, современное состояніе у насъ обычнаго права представляетъ еще много непреодолимыхъ препятствій къ раскрытію и констатированію того или другаго юридическаго обычая, въ той или другой мѣстности (ср. Леонтьевъ «Кодификація обычнаго права и проч.» въ жур. юр. общ. 95 г. декабрь; Боровиковскій «Отчетъ судьи», т. III: Дѣла мужичьи). Вотъ почему необходимо сократить юрисдикцію общихъ судовъ по отношенію къ дѣламъ крестьянъ посредствомъ соотвѣтствующаго расширенія юрисдикціи волостныхъ судовъ. Всѣ гражданскія дѣла крестьянъ, за исключеніемъ дѣлъ, подлежащихъ компетенціи сельскаго схода, сельскаго старосты или волостнаго старшины, волостнаго схода, волостнаго правленія и учрежденій по крестьянскимъ дѣламъ, должны быть, по моему мнѣнію, распредѣлены между волостнымъ судомъ, мировыми и общими судебными установленіями, такимъ образомъ: вѣдѣнію волостного суда подлежатъ:

1) Иски и споры между: а) крестьянами о недвижимомъ и движимомъ имуществахъ, въ предѣлахъ волости, безъ ограниченія ихъ цѣною, если эти иски и споры касаются крестьянскаго надѣла или же основаны на мѣстныхъ обычаяхъ или на сдѣлкахъ, обязательствахъ и духовныхъ завѣщаніяхъ, явленныхъ въ волостномъ правленіи, по ст. 91 общ. пол., и на правѣ наслѣдованія, и б) о вознагражденіи за ущербъ и убытокъ, причиненные лицу или крестьянскому имуществу въ предѣлахъ волости; 2) частныя и такъ наз. охранительныя дѣла крестьянъ объ имуществѣ, находящемся въ предѣлахъ волости.

Вѣдѣнію мироваго судьи (или вообще единоличной власти мѣстнаго всесословнаго суда) подлежатъ: 3) дѣла, указанныя въ п. 1 и 2, если въ этихъ дѣлахъ кромѣ крестьянъ участвуютъ и лица другихъ сословій. Всѣ остальныя дѣла крестьянъ подсудны окружнымъ судамъ.

Аргументація предлагаемой схемы подсудности гражданскихъ дѣлъ крестьнъ, въ виду всего вышеизложеннаго, представляется излишнею. Замѣчу только слѣдующее: 1) подъ выраженіемъ «иски о движимомъ имуществѣ», я разумѣю не только вещные, но и личные иски по договорамъ и обязательствамъ. Иски о недвижимомъ имуществѣ обнимаютъ собою и иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія и о правѣ участія частнаго. На практикѣ, какъ мы видѣли, волостные суды раз-

сматриваютъ подобные иски, не стѣсняясь никакими сроками; 2) если въ дѣлѣ участвуютъ крестьяне разныхъ волостей, то дѣло подсудно тому суду, къ волости котораго принадлежитъ отвѣтчикъ; 3) съ расширеніемъ юрисдикціи волостнаго суда необходимо вмѣстѣ съ тѣмъ установить право апелляціи по всѣмъ дѣламъ. Апелляціонный судъ долженъ, по моему мнѣнію, состоять изъ такихъ же элементовъ, изъ какихъ состоитъ волостной судъ, т. е. изъ выборныхъ крестьянъ той же волости подъ предсѣдательствомъ мѣстнаго всесословнаго судьи (подробности этого вопроса не входятъ въ мою задачу; ср. кн. Васильчиковъ, Самоуправленіе т. I изд. 3 стр. 235, Зарудный, въ Жур. гр. и уг. пр. 1874 г. кн. 3 стр. 170—173, 180, Галкинъ-Врасскій въ Юрид. Вѣст. 1881 г. мартъ стр. 622, 523); 4) особаго судебнаго постановленія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства къ имуществу крестьянъ, не требуется: наслѣдственныя права могутъ быть удостовѣрены свидѣтельствомъ волостнаго правленія (см. выше). Принятіе охранительныхъ мѣръ, въ случаѣ надобности, зависитъ отъ сельскаго схода. Ему же подлежитъ назначеніе опекуновъ и попечителей, повѣрка ихъ дѣйствій и надзоръ за ними. Возникающіе изъ института опеки споры и иски подчиняются, относительно подсудности, указаннымъ выше правиламъ; этимъ же правиламъ подчиняются дѣла о наслѣдствѣ; 5) духовныя завѣщанія крестьянъ, явленныя въ волостномъ правленіи, не требуютъ судебнаго утвержденія (см. выше); 6) для облегченія заключенія между крестьянами сдѣлокъ о недвижимомъ имуществѣ, слѣдуетъ постановить, что сдѣлки между крестьянами объ ограниченіи или о переходѣ правъ на недвижимое имущество, на сумму не свыше 500 руб., могутъ быть совершаемы въ волостномъ правленіи (ст. 91 общ. пол.), и они имѣютъ равную силу съ актами, совершаемыми крѣпостнымъ порядкомъ. Я попытался намѣтить въ главныхъ чертахъ тотъ путь, по которому должно, по моему мнѣнію, идти законодательство при нормированіи вопроса о подсудности гражданскихъ дѣлъ крестьянъ. Повторяю, исходный пунктъ моего взгляда на подсудность крестьянскихъ дѣлъ, составляютъ, какъ существующіе факты, особое крестьянское управленіе и особый складъ умственной и обычно-правовой жизни нашего крестьянства. Пока эти факты не перешли въ область исторіи, предлагаемая система подсудности составляетъ послѣдовательное, генетическое развитіе великой идеи крестьянской реформы—обезпечить бытъ и благосостояніе сельскаго населенія. Ибо правомѣрная, согласная съ пользами и нуждами народа судебная защита есть лучшая гарантія благосостоянія и неприкосновенности правъ, какъ отдѣльнаго человѣка, такъ и цѣлаго общества людей.

О СУДЕБНОМЪ АДРЕСѢ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРОЦЕССѢ.

Судебныя установленія, дѣйствующія на основаніи уставовъ 20 ноября 1864 года, уже вступаютъ во второе придцатилѣтіе своего существованія, а между тѣмъ въ судебной практикѣ нерѣдко возбуждаютъ сомнѣніе и разномысліе самые, повидимому, простые, элементарные вопросы, относящіеся къ гражданскому процессу. Причина такого страннаго явленія кроется въ томъ, что судебные дѣятели, сосредоточивая все свое вниманіе на примѣненіи, главнымъ образомъ, нормъ матеріальнаго права и непосредственно соприкасающихся съ ними институтовъ процесса, относились и относятся слегка и съ нѣкоторымъ даже пренебреженіемъ къ внѣшней сторонѣ процесса, къ его формамъ и обрядамъ, считая ихъ маловажными и незаслуживающими анализа. Между тѣмъ, нѣкоторые изъ этихъ обрядовъ обусловливаютъ правильное и стройное движеніе дѣлъ во всѣхъ стадіяхъ производства. Къ числу такихъ элементарныхъ вопросовъ принадлежитъ вопросъ о судебномъ адресѣ, то, что въ западномъ процессѣ называется domicile élu, Zustellungsmandatar. Извѣстно, что, при состязательномъ процессѣ, активное участіе сторонъ въ движеніи и производствѣ дѣла безусловно необходимо; поэтому, одна сторона должна знать или имѣть возможность знать всѣ судебныя дѣйствія другой стороны и распоряженія судебной власти (состязательныя бумаги, вызовы, извѣщенія, объявленія и проч.). Отсюда, а priori, необходимость адреса или такого обязательнаго мѣста пребыванія тяжущихся, куда бы могли быть доставляемы всѣ судебныя бумаги во всѣхъ періодахъ и моментахъ процесса. Для удобства сношеній судебныхъ мѣстъ и ихъ органовъ съ тяжущимися, для быстроты и дешевизны этихъ сношеній необходимо, чтобы тяжущіеся группировались около и вблизи того мѣста, гдѣ находится судебная власть и ея органы. Вотъ почему

уставъ гражданскаго судопроизводства строго и точно разграничиваетъ два понятія: постоянное мѣсто жительства лица, которымъ опредѣляется личная подсудность (forum domicilli), и избранное мѣсто пребыванія. Значеніе и юридическія послѣдствія того и другого мѣста для тяжущихся различны. Въ существѣ своемъ они различаются тѣмъ, что постоянное мѣстожительство полагается тамъ, гдѣ сосредоточена дѣятельность лица, гдѣ «кто по своимъ занятіямъ, промысламъ, или по своему имуществу, либо по службѣ военной или гражданской имѣетъ осѣдлость или домашнее обзаведеніе» (ст. 204 уст. гр. суд.); мѣсто же пребыванія, это то мѣсто, которое обязаны избрать тяжущіеся въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ, куда отсылаются всѣ повѣстки суда, а равно всѣ бумаги противной стороны (ст. 309 и 310 уст. гр. суд.); слѣдовательно, мѣсто пребыванія можетъ и не совпадать съ мѣстомъ жительства, опо можетъ быть мнимымъ, фиктивнымъ; послѣднее можетъ быть и не въ томъ городѣ, гдѣ находится судебное мѣсто (ст. 278—281 того же уст.), первое должно быть безусловно въ томъ городѣ или мѣстѣ, гдѣ производится дѣло. Каждое изъ этихъ мѣстъ находится въ извѣстномъ отношеніи къ процессу и обнаруживаетъ свое дѣйствіе въ извѣстные періоды его. Разсмотримъ этотъ вопросъ болѣе обстоятельно. Исковое прошеніе должно содержать въ себѣ, между прочимъ, мѣстожительства, какъ истца, такъ и отвѣтчика; неисполненіе этого требованія влечетъ за собою оставленіе прошенія безъ движенія (ст. 257 п. 2, 269 п. 1 и 6 того же уст.). Указаніе мѣстажительства отвѣтчика необходимо для вызова его къ суду (для извѣщенія его о предъявленномъ искѣ), такъ какъ судъ разрѣшаетъ гражданское дѣло не иначе, какъ по выслушаніи объясненія противной стороны (audiatur et altera pars) или по истеченіи назначеннаго для представленія онаго срока (ст 4, 275 и 277 того же уст.). Законъ считаетъ вызовъ отвѣтчика къ суду такимъ первостепеннымъ процессуальнымъ дѣйствіемъ, что преподаетъ подробныя правила о доставленіи повѣстки отвѣтчику и объ извѣщеніи его о поступившемъ на него искѣ (ст. 282—283 и 285 того же устава). Здѣсь законъ разумѣетъ не фиктивное, а дѣйствительное мѣсто жительства (domicilium) отвѣтчика, куда должна быть доставлена повѣстка о вызовѣ. Судебный приставъ, доставляющій повѣстку, *обязанъ удостовѣриться путемъ разспроса и дознанія*, живетъ ли отвѣтчикъ именно тамъ, гдѣ указалъ истецъ, и примѣняетъ при доставленіи повѣстки изложенныя въ ст. 282—285 уст. гр. суд. правила. Если же указаніе истца окажется неправильнымъ и ошибочнымъ, то судебный приставъ возвращаетъ обратно въ судъ

оба экземпляра повѣстки со всѣми приложеніями, и предсѣдатель суда объявляетъ объ обнаруженной ошибкѣ истцу, отъ коего зависитъ просить объ учиненіи новаго вызова по его указанію, а прежній вызовъ признается недѣйствительнымъ (ст. 290 того же уст.). Въ этомъ случаѣ, въ нѣкоторыхъ судахъ примѣняется, и не безъ основанія, ст. 270 уст. гр. суд., т. е. исковое прошеніе оставляется безъ движенія и истцу назначается семидневный срокъ на новое указаніе мѣста жительства отвѣтчика, такъ какъ первое ошибочное указаніе равносильно совершенному неозначенію или неопредѣлительному указанію мѣста жительства отвѣтчика (ст. 269 п. 1). Если истцу мѣсто жительства отвѣтчика неизвѣстно, то вызовъ производится черезъ публикацію въ вѣдомостяхъ, при чемъ, когда истцомъ показано недвижимое имѣніе отвѣтчика въ Россіи, то кромѣ публикаціи посылается въ то имѣніе и повѣстка о вызовѣ (ст. 275, 293 и 294). Здѣсь опять, какъ въ случаяхъ, указанныхъ въ 283 и 285 ст. устава, замѣчается стремленіе закона охранять, сколько возможно, интересы отвѣтчика и дать ему возможность знать о предъявленномъ на него искѣ. На это указываетъ еще постановленіе закона о томъ, что о вызываемыхъ лицахъ выставляются въ пріемной комнатѣ суда объявленія (ст. 291 и 292). Къ сроку, назначенному на явку въ судъ, тяжущіеся должны заявить объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ; въ избранное мѣсто пребыванія отсылаются всѣ повѣстки суда, а равно бумаги противной стороны (ст. 309 и 310), при чемъ примѣняются правила, изложенныя въ ст. 282 — 289 устава, *независимо отъ того, соотвѣтствуетъ ли это мѣсто пребыванія тяжущихся дѣйствительному ихъ мѣсту жительства или нѣтъ*, и тяжущіеся не въ правѣ отговариваться невѣдѣніемъ о тѣхъ повѣсткахъ и бумагахъ, кои были имъ посланы по избранному ими мѣсту пребыванія (ст. 310). Законъ, такимъ образомъ, придаетъ такому избранному домициліуму значеніе praesumptio juris et de jure; коль скоро мѣсто пребыванія избрано, оно предполагается существующимъ и обязательнымъ для избравшаго его тяжущагося, доколѣ онъ не извѣститъ судъ о перемѣнѣ имъ означеннаго мѣста, и онъ не въ правѣ опровергать это предположеніе тѣмъ, что его въ томъ мѣстѣ не было и что ему не доставлены тѣ повѣстки или бумаги. Въ этомъ и заключается коренное различіе между мѣстомъ жительства и мѣстомъ пребыванія: первое составляетъ дѣйствительное, абсолютное мѣсто постояннаго нахожденія лица, оно не предполагается и вызовъ отвѣтчика признается недѣйствительнымъ въ случаѣ невѣрнаго указанія истцомъ его мѣста жительства; это мѣсто и служитъ основаніемъ для

опредѣленія личной подсудности (actor sequitur forum rei); поэтому, отвѣтчикъ, по общему правилу, можетъ просить о переводѣ дѣла въ судъ, въ округѣ коего онъ имѣетъ постоянное жительство (ст. 290, 207, 580),—второе же, т. е. мѣсто пребыванія, можетъ быть и мнимое, оно юридически предполагается существующимъ съ того момента, какъ оно избрано тяжущимся и считается достовѣрнымъ, обязательнымъ для него адресомъ въ теченіе извѣстнаго періода процесса. Это различие имѣетъ практическія послѣдствія: судебный приставъ, доставляющій отвѣтчику повѣстку по мѣсту жительства, указанному истцомъ, примѣняетъ ст. 282—289 лишь тогда, когда указаніе истца окажется вѣрнымъ, т. е. когда отвѣтчикъ дѣйствительно живетъ въ томъ мѣстѣ, которое указалъ истецъ; при доставленіи же повѣстокъ по избранному мѣсту пребыванія, судебный приставъ безусловно примѣняетъ ст. 282—289 и повѣстки считаются врученными. Въ случаѣ неизбранія тяжущимся мѣста пребыванія, всѣ бумаги и повѣстки на его имя оставляются въ канцеляріи суда (ст. 311); здѣсь законъ допускаетъ фикцію о томъ, что означенныя бумаги и повѣстки тяжущемуся доставлены. Замѣчу, что лучше было бы постановить, взамѣнъ ст. 311 уст. гр. суд., что тяжущемуся, не исполнившему требованія ст. 309, всѣ распоряженія предсѣдателя и суда по производящемуся дѣлу считаются объявленными, и подлежащія сообщенію тяжущемуся бумаги *оставляются при дѣлѣ*. При такой редакціи работа концеляріи на многое бы сократилась: не было бы надобности писать множество безцѣльныхъ повѣстокъ на имя отсутствующихъ лицъ (по ст. 311); такими повѣстками нагромождены обыкновенно дѣла съ *иногородними* тяжущимися (въ большинствѣ случаевъ требованіе ст. 309 не исполняется). Да и статью 309 слѣдовало бы примѣнять только къ *иногороднимъ* тяжущимся; для лицъ же, имѣющихъ свой домициліумъ въ мѣстѣ нахожденія суда (адресъ указанъ въ исковомъ прошеніи) нѣтъ никакого разумнаго основанія установлять *судебный адресъ* (такъ въ дѣйствительности и практикуется). И такъ, въ уставѣ ясно обозначенъ тотъ моментъ въ процессѣ, съ котораго тяжущійся обязанъ заявить объ избранномъ мѣстѣ своего пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ,—а именно, срокъ, назначенный на явку въ судъ. Тяжущійся въ правѣ перемѣнять свое мѣсто пребыванія, но не иначе, какъ въ предѣлахъ того города, гдѣ находится судъ и съ вѣдома суда (ст. 310). Разсмотримъ теперь вопросъ объ избраніи мѣста пребыванія во время производства дѣла: а) въ окружномъ судѣ, б) въ судебной палатѣ и в) во время исполненія рѣшенія. Прежде всего надо замѣтить, что обязательность су-

дебнаго адреса для тяжущагося продолжается только до тѣхъ поръ, пока дѣло *производится*, но коль скоро дѣло производствомъ *пріостановлено*, въ указанныхъ въ законѣ случаяхъ, обязательность этого адреса прекращается. Это видно изъ того, что въ случаѣ возобновленія дѣла, по просьбѣ одной изъ тяжущихся сторонъ, эта послѣдняя должна просить судъ о вызовѣ своего противника порядкомъ, указаннымъ для вызова по исковымъ прошеніямъ (ст. 255 и 687 уст. гр. суд.), такъ что тяжущійся, желающій возобновить дѣло, долженъ указать мѣсто жительства противной стороны, куда и должна быть доставлена повѣстка о вызовѣ; къ сроку же, назначенному для явки, тяжущійся, по общему правилу, обязанъ заявить объ избранномъ имъ мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Такой же порядокъ долженъ быть соблюдаемъ въ случаѣ пріостановленія дѣла, вслѣдствіе открытія уголовнаго обстоятельства или прямаго обвиненія кого либо въ подлогѣ акта (ст. 8,563 и 564) или, когда, при производствѣ дѣла въ гражданскомъ судѣ, представятся такія обстоятельства, кототорыя подлежатъ разсмотрѣнію суда духовнаго (ст. 1338) и желающій возобновить производство дѣла долженъ просить судъ о вызовѣ своего противника установленнымъ порядкомъ. Производство дѣла оканчивается, по общему правилу, постановленіемъ судомъ рѣшенія и нѣтъ никакого сомнѣнія, что законное предположеніе объ избранномъ мѣстѣ пребыванія продолжаетъ существовать до постановленія судомъ рѣшенія. До изданія закона о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ и дополненіяхъ въ правилахъ о заочныхъ рѣшеніяхъ (законъ 17 янв. 1878 г. и 12 іюня 1890 г.), въ судебной практикѣ существовало разномысліе относительно сообщенія копіи заочнаго рѣшенія: одни думали, что ст. 309 — 311 устава не имѣютъ примѣненія къ заочнымъ рѣшеніямъ, такъ что заочное рѣшеніе объявляется отвѣтчику доставленіемъ ему копіи рѣшенія и въ томъ случаѣ, когда онъ не заявилъ объ избранномъ имъ мѣстѣ пребыванія и когда онъ живетъ не въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ (ст. 725); при этомъ ссылались на помѣщенное въ ст. 728 выраженіе «къ сему сроку причисляется *поверстный*», слѣдовательно, предусмотрѣнъ случай, когда мѣсто пребыванія или постоянное мѣстожительства отвѣтчика находится не въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Другіе же, напротивъ, распространяли примѣненіе ст. 309 — 311 и на заочныя рѣшенія. Аргументація послѣдняго мнѣнія сводилась къ тому, что мѣсто пребыванія должно быть избираемо тяжущимися на все время производства дѣла въ судѣ, что съ постановленіемъ заочнаго рѣшенія дѣло въ первой инстанціи не можетъ счи-

таться оконченнымъ, такъ какъ на это рѣшеніе можетъ быть поданъ отзывъ, съ принятіемъ котораго заочное рѣшеніе считается недѣйствительнымъ, и что слова «къ сему сроку причисляется поверстный» относятся къ указанному въ этой же статьѣ (728) второму способу исчисленія срока на подачу отзыва, а именно, когда срокъ исчисляется со времени предъявленія повѣстки объ исполненіи, такъ какъ при исполненіи рѣшенія домицилiумъ отвѣтчика или должника можетъ быть и внѣ черты того города, гдѣ находится судъ. Это послѣднее мнѣніе представлялось болѣе правильнымъ. Дѣйствительно, цѣль установленія судебнаго адреса состоитъ въ томъ, чтобы тяжущіеся или ихъ представители находились близко отъ суда въ опредѣленномъ мѣстѣ, чтобы взаимныя сношенія суда и тяжущихся не замедлялись и не прерывались до окончанія въ судѣ дѣла, чтобы тяжущіеся знали или могли знать о движеніи процесса въ данномъ судебномъ мѣстѣ. Отзывъ на заочное рѣшеніе можетъ породить цѣлый рядъ судебныхъ дѣйствій (частныя производства, допросъ свидѣтелей, повѣрку доказательствъ и проч.) и во всѣхъ этихъ дѣйствіяхъ, разумѣется, участіе тяжущихся безусловно необходимо. Такимъ образомъ, производство дѣла съ постановленіемъ заочнаго рѣшенія далеко еще не окончено, оно даже не пріостановлено. а непрерывно продолжается, въ случаѣ подачи отзыва, до постановленія втораго рѣшенія. Въ настоящее же время, согласно вышеприведенному закону (ст. 725 по прод. 90 г.), заочное рѣшеніе объявляется отвѣтчику доставленіемъ ему выписки изъ рѣшенія по избранному имъ мѣсту пребыванія (ст. 309), а если о немъ не было заявлено въ канцеляріи суда, то по указанному суду мѣсту жительства отвѣтчика (ст. 204 — 206). Такимъ образомъ, заочное рѣшеніе доставляется отвѣтчику, хотя бы онъ жилъ и не въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Такое отступленіе закона отъ строго логической послѣдовательности можно объяснить единственно стремленіемъ законодателя дать отвѣтчику, противъ котораго состоялось заочное рѣшеніе, дѣйствительную гарантію узнать о касающемся его дѣлѣ и воспользоваться всѣми средствами защиты. (ср. ниже «О заочномъ разбирательствѣ по закону 12 іюня 1890 г.» и «Къ пересмотру судебныхъ уставовъ» III).

Необходимо замѣтить, что новѣйшее наше судебное законодательство, отступая отъ принципа устности, вмѣстѣ съ тѣмъ ослабляетъ значеніе судебнаго адреса. По закону 12 іюня 90 г. (ст. 719 и 719[1] по прод. 90 г.), какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ могутъ просить судъ о разрѣшеніи дѣла въ ихъ отсутствіи и сообщенія имъ копіи имѣющей послѣдовать по дѣлу резолюціи по *дѣйствительному ихъ*

мѣсту пребыванія («въ изъятіе изъ правила, установленнаго въ 310 статьѣ»). Но отъ суда зависитъ, если это окажется необходимымъ, потребовать явки истца или отвѣтчика лично или чрезъ повѣреннаго. Такимъ образомъ, въ томъ и другомъ случаяхъ сношенія суда съ тяжущимися происходятъ по дѣйствительному ихъ домицилію и этимъ парализуются правила, изложенныя въ ст. 309—311.

Какъ только производство дѣла въ первой инстанціи окончено, стороны могутъ перемѣнять свое мѣсто пребыванія, безъ сообщенія о томъ суду, и обязательность судебнаго адреса, по отношенію къ первой инстанціи, прекращается. Для дѣлъ, поступившихъ въ судебную палату по апелляціи, существуетъ, относительно занимающаго насъ вопроса, спеціальное правило, аналогичное съ правилами, изложенными въ ст. 309—311, а именно, предъ окончаніемъ срока на представленіе объясненія противъ апелляціи, тяжущіеся обязаны заявить въ канцеляріи судебной палаты объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ городѣ, гдѣ находится палата. При несоблюденіи которою либо изъ сторонъ сего правила, всѣ бумаги и повѣстки, слѣдующія къ сообщенію ей, оставляются въ канцеляріи палаты (ст. 763 устава). Все сказанное мною о судебномъ адресѣ при производствѣ дѣла въ первой инстанціи относится и ко второй инстанціи. Обязанность тяжущихся заявить въ канцелярія судебной палаты объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія наступаетъ съ окончаніемъ мѣсячнаго съ поверстнымъ срока (ст. 760), такъ какъ съ полученіемъ объясненія или съ истеченіемъ установленнаго на подачу онаго срока начинается производство судебной палаты сообщеніемъ копіи объясненія противной сторонѣ, назначеніемъ дня слушанія дѣла и увѣдомленіемъ о томъ тяжущихся. Съ постановленіемъ въ судебной палатѣ рѣшенія оканчивается производство дѣла и вмѣстѣ съ тѣмъ прекращается обязательность избраннаго мѣста пребыванія. Въ томъ случаѣ, когда производство дѣла въ судебной палатѣ возникаетъ вслѣдствіе отмѣны сенатомъ обжалованнаго рѣшенія и обращенія дѣла къ новому производству и рѣшенію, тяжущіеся обязаны избрать свое мѣсто пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судебная палата, въ которую обращено дѣло. Хотя въ законѣ нѣтъ прямого на это указанія, но въ виду того, что вторичное производство въ судебной палатѣ ничѣмъ не отличается отъ первичнаго, что какъ здѣсь, такъ и тамъ, тяжущіеся должны быть извѣщены о днѣ, назначенномъ для слушанія дѣла, что по ст. 810 уст. гр. судопр. судебное установленіе, въ которое обращено дѣло, производитъ вызовъ тяжущихся и дальнѣйшій затѣмъ ходъ дѣла подчиняется общимъ правиламъ, слѣ-

дуетъ заключить, что съ поступленіемъ дѣла въ судебную палату, вслѣдствіе отмѣны рѣшенія, тяжущіеся обязаны заявить объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судебная палата, и это мѣсто обязательно для тяжущихся до постановленія рѣшенія. Въ стадіи процесса послѣ окончанія дѣла въ окружномъ судѣ до начала производства въ судебной палатѣ (въ случаѣ принесенія апелляціи), вступаетъ опять въ свои права *мѣстожительства* тяжущихся, такъ какъ для этого промежуточнаго момента процесса законъ не требуетъ избранія *мѣста пребыванія*. Поэтому, въ апелляціонной жалобѣ должно быть, между прочимъ, объяснено мѣсто жительства апеллятора (п. 4 ст. 745); при неозначеніи въ апелляціонной жалобѣ *мѣста жительства* противной стороны, копія жалобы отсылается въ мѣсто жительства этой стороны, заявленное при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ (759). Какъ здѣсь, такъ и въ слѣдующей 760 ст., законъ употребляетъ термины мѣсто жительства, а не мѣсто пребыванія. Неуказаніе апелляторомъ мѣста жительства, какъ своего, такъ и противной стороны, не влечетъ за собою, какъ при исковыхъ прошеніяхъ, оставленія апелляціонной жалобы безъ движенія; въ подобномъ случаѣ предполагается, что мѣсто жительства сторонъ осталось такое же, какое заявлено при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ, главнымъ образомъ, въ исковомъ прошеніи, которое безусловно должно содержать въ себѣ мѣсто жительства, какъ истца, такъ и отвѣтчика. Такимъ образомъ, какъ копія апелляціонной жалобы, такъ и извѣщеніе апеллятора о днѣ врученія этой копіи, посылаются сторонамъ, если въ апелляціи мѣсто жительства неуказано, по мѣсту жительства, указанному при производствѣ дѣла (кас. №№ 61—84 г., 83—85 г.). Когда мѣсто жительства отвѣтчика истцу неизвѣстно и имъ въ апелляціонной жалобѣ не указано, то копія жалобы должна быть оставлена въ канцеляріи суда или при дѣлѣ, на томъ основаніи, что по смыслу ст. 759 копія жалобы отсылается противной сторонѣ въ мѣсто жительства, указанное апелляторомъ въ жалобѣ или заявленное при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ, при отсутствіи же такого указанія или заявленія не можетъ быть рѣчи о сообщеніи копіи; а публиковать въ вѣдомостяхъ о принесенной жалобѣ тоже нѣтъ основанія, такъ какъ публикація установлена закономъ только для вызова въ судъ и для заочныхъ рѣшеній. Срокъ для подачи объясненія на апелляціонную жалобу, копія которой оставлена въ канцеляріи, будетъ считаться съ того дня, когда сдѣлано распоряженіе о дальнѣйшемъ направленіи жалобы, ибо предполагается, что отвѣтчику извѣстно о предъявленномъ искѣ и о

состоявшемся заочномъ рѣшеніи, такъ какъ о томъ и другомъ произведена была публикація, и отъ отвѣтчика зависѣло указать свое мѣсто жительства, куда бы могла быть отослана копія жалобы. Но когда въ прошеніи истца, при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ, указано недвижимое имѣніе, принадлежащее отвѣтчику въ Россіи, то, примѣняясь къ 294 ст., по которой въ то имѣніе посылается повѣстка о вызовѣ, копію жалобы слѣдуетъ отослать въ имѣніе отвѣтчика, чтобы дать ему возможность дѣйствительно узнать о принесенной апелляціи.—Во время производства дѣла въ судебной палатѣ нерѣдко случается, что дѣло, уже рѣшенное въ судѣ, возвращается на время въ судъ для повѣрки доказательствъ (771 ст. уст. гр. суд.). Участіе сторонъ въ этой повѣркѣ, нерѣдко оказывающей существенное вліяніе на исходъ дѣла въ палатѣ, представляется весьма важнымъ, да оно необходимо по самому свойству состязательнаго начала. Какъ въ этомъ случаѣ будутъ происходить сношенія суда съ тяжущимися? Выше было указано, что съ пріостановленіемъ производства дѣла въ судѣ прекращается обязательность избраннаго мѣста пребыванія до возобновленія дѣла. Въ разсматриваемомъ случаѣ, производство въ судебной палатѣ фактически пріостанавливается на время производства въ судѣ повѣрки доказательствъ. На это то время судебный адресъ тяжущихся долженъ быть, по моему мнѣнію, перенесенъ въ городъ, гдѣ находится судъ, производящій повѣрку доказательствъ, такъ что съ переходомъ дѣла изъ палаты въ судъ тяжущіеся обязаны заявить въ канцеляріи суда объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія, обязательность котораго будетъ продолжаться до окончанія судомъ повѣрки доказательствъ, а затѣмъ, съ возвращеніемъ дѣла въ палату, вновь наступаетъ обязательность судебнаго адреса въ городѣ, гдѣ находится судебная палата и продолжается до постановленія ею рѣшенія.

Къ подготовительному кассаціонному производству (сообщеніе копіи жалобы, извѣщеніе кассатора о днѣ сообщенія копіи) примѣняются тѣ же правила относительно адреса сторонъ, какъ и въ подготовительномъ апелляціонномъ процессѣ (ст. 801 уст. гр. суд.), т. е. сношенія палаты съ тяжущимися происходятъ по ихъ постоянному *мѣсту жительства*, если въ кассац. жалобѣ не указано другого адреса.

Обращаясь къ самой реальной для тяжущихся стадіи процесса—къ исполненію рѣшенія, мы видимъ, что и здѣсь законъ требуетъ избранія сторонами или взыскателемъ и должникомъ мѣста пребыванія въ городѣ или уѣздѣ, гдѣ рѣшеніе должно приводиться въ исполненіе. Такое требованіе закона имѣетъ свое разумное основаніе: дѣятельность судебнаго пристава, исполняющаго рѣшеніе судебнаго уста-

новленія, вызываетъ цѣлый рядъ сношеній его со взыскателемъ и должникомъ, начиная съ посылки повѣстки объ исполненіи до выдачи взыскателю присужденныхъ денегъ или имущества, и для правильности, быстроты и удобства этихъ сношеній необходимо, чтобы обѣ стороны указали свои адресы именно въ томъ мѣстѣ, гдѣ рѣшеніе приводится въ исполненіе. Взыскатель, передавая исполнительный листъ судебному приставу, назначенному для исполненія рѣшенія, обязанъ вмѣстѣ съ тѣмъ заявить приставу объ избранномъ имъ мѣстѣ пребыванія въ городѣ или уѣздѣ, гдѣ рѣшеніе должно приводиться въ исполненіе. Это прямо вытекаетъ изъ того, что повѣстка объ исполненіи, сообщаемая отвѣтчику, должна заключать въ себѣ, между прочимъ, избранное взыскателемъ мѣсто пребыванія (п. 2 ст. 943). Судебный приставъ, приступая къ исполненію рѣшенія сообщаетъ отвѣтчику лично или по мѣсту его пребыванія повѣстку объ исполненіи по правиламъ, изложеннымъ въ статьяхъ 282—289 (942). Въ этой статьѣ (942) выраженіе «или по мѣсту его пребыванія», по моему мнѣнію, неточно: здѣсь было бы правильнѣе сказать «по мѣсту его жительства», такъ какъ обязанность избрать мѣсто пребыванія наступаетъ для должника лишь по полученіи повѣстки объ исполненіи (ст. 944); самая же повѣстка объ исполненіи должна быть сообщаема должнику по его *мѣсту жительства*, указанному взыскателемъ или въ исполнительномъ листѣ (прил. къ ст. 927); оно можетъ быть и не въ томъ мѣстѣ, гдѣ рѣшеніе приводится въ исполненіе (въ мотивахъ подъ ст. 942 дѣйствительно употребленъ терминъ «мѣстожительства»). Съ полученіемъ же повѣстки объ исполненіи, отвѣтчикъ обязанъ означить на другомъ экземплярѣ повѣстки или въ особой подпискѣ избранное имъ мѣсто пребыванія тамъ, гдѣ рѣшеніе должно приводиться въ исполненіе (ст. 944). Въ случаѣ же неуказанія взыскателемъ или отвѣтчикомъ избраннаго ими мѣста, куда всѣ бумаги и повѣстки должны быть имъ доставляемы, или неувѣдомленія о перемѣнѣ онаго, «онѣ оставляются въ канцеляріи мѣстнаго окружнаго суда.....» (ст. 945). Въ редакціи этой статьи болѣе наглядно высказывается мысль, что избранное мѣсто пребыванія есть не что иное, какъ фикція, какъ адресъ, куда всѣ бумаги и повѣстки должны быть доставляемы, и стороны не могутъ отговариваться невѣдѣніемъ о тѣхъ повѣсткахъ и бумагахъ; но, съ другой стороны, эта статья, выражая въ общемъ мысль, высказанную въ 311 ст., вмѣстѣ съ тѣмъ, неизвѣстно почему, считаетъ неувѣдомленіе о перемѣнѣ мѣста пребыванія поводомъ къ оставленію бумагъ и повѣстокъ въ канцеляріи суда; между тѣмъ, одно не вытекаетъ логически изъ другого:

разъ стороны указали свое мѣсто пребыванія, туда и слѣдуетъ посылать повѣстки и бумаги, соблюдая при этомъ ст. 282—285, и пока онѣ не увѣдомятъ о перемѣнѣ адреса, они не могутъ отговариваться невѣдѣніемъ о доставляемыхъ имъ по первоначальному адресу бумагахъ, но эти бумаги никоимъ образомъ не должны бы быть оставляемы въ канцеляріи суда.—Съ приведеніемъ рѣшенія въ исполненіе, прекращается обязательность избраннаго взыскателемъ и должникомъ мѣста пребыванія, такъ какъ съ исполненіемъ рѣшенія сношенія судебнаго пристава съ участвующими въ дѣлѣ лицами прекращается. Замѣчу, что законъ 25 ноября 1891 г. (942[1] по прод. 91 г.) не согласуется съ принципомъ, лежащимъ въ основѣ судебнаго адреса. Послѣдній, какъ выше упомянуто, установленъ въ видахъ практическихъ удобствъ для каждой изъ главныхъ стадій процесса *особо:* съ переходомъ дѣла изъ одной инстанціи въ другую измѣняется и судебный адресъ. По смыслу новаго закона, повѣстка объ исполненіи можетъ быть сообщена отвѣтчику по судебному адресу, указанному при производствѣ дѣла въ судѣ или судебной палатѣ,—въ теченіе мѣсяца со времени вступленія рѣшенія въ законную силу, а при предварительномъ исполненіи, со дня постановленія о томъ суда. Въ этомъ случаѣ повѣстка считается врученною въ мѣстѣ ея доставленія, *хотя бы отвѣтчикъ тамъ не находился*. Выходитъ, слѣдовательно, что дѣйствія *судебнаго адреса* продолжается и послѣ окончанія дѣла въ судѣ или палатѣ и что такой важный актъ, какъ врученіе повѣстки объ исполненіи, можетъ считаться совершившимся, хотя въ дѣйствительности должнику объ немъ неизвѣстно! А между тѣмъ для менѣе важнаго процесуальнаго дѣйствія—сообщенія выписки заоч. рѣшенія—законъ требуетъ, чтобы оно было дѣйствительно совершено. Говоря объ избраніи мѣста пребыванія въ періодъ исполненія рѣшенія, нельзя не остановиться на одномъ вопросѣ, который возбуждаетъ сомнѣніе въ средѣ практиковъ, а именно: какъ поступить судебному приставу, приступающему къ исполненію рѣшенія, постановленнаго противъ отвѣтчика, *мѣсто жительства котораго неизвѣстно?* Повѣстка объ исполненіи составляетъ основу всего послѣдующаго исполнительнаго процесса, такъ какъ должникъ, получивъ повѣстку, можетъ исполнить рѣшеніе суда добровольно и тѣмъ самымъ предупредить понудительное исполненіе, сопряженное нерѣдко съ весьма тягостными для должника послѣдствіями. Повѣстка объ исполненіи и заключаетъ въ себѣ поэтому, между прочимъ, предвареніе отвѣтчика, что если онъ не исполнитъ рѣшенія добровольно, то, по истеченіи назначеннаго въ повѣсткѣ срока, будетъ приступлено къ

понудительному исполненію такимъ-то способомъ (ст. 943 п. 3). Законъ, слѣдовательно, предоставляетъ лицу, противъ котораго постановлено рѣшеніе, весьма важную прерогативу—добровольно исполнить рѣшеніе въ теченіе извѣстнаго срока,—хотя собственно предъявленіе иска и состоявшееся противъ отвѣтчика судебное рѣшеніе, сами по себѣ, уже указываютъ на недобровольное исполненіе отвѣтчикомъ обязательства или вообще на нарушеніе имъ правъ истца. Предоставляя должнику такую прерогативу, законъ имѣлъ въ виду, что авторитетъ судебнаго рѣшенія, изложеннаго въ исполнительномъ листѣ, можетъ убѣдить отвѣтчика въ неправотѣ его и заставить исполнить рѣшеніе добровольно, безъ всякихъ понудительныхъ мѣръ. Было бы, поэтому, несправедливо лишить отвѣтчика, мѣсто жительства котораго не указано, такого драгоцѣннаго права и поставить его въ худшее положеніе, нежели отвѣтчика, мѣсто жительства котораго указано. Далѣе, между судебнымъ и исполнительнымъ процессомъ существуетъ коренное различіе. Предметомъ судебнаго разсмотрѣнія служитъ споръ о правѣ гражданскомъ, и судъ цѣлымъ рядомъ логическихъ концепцій разрѣшаетъ отвлеченный вопросъ о томъ, на чьей сторонѣ право и на чьей неправо; исполнительный же процессъ характеризуется *принужденіемъ* (въ случаѣ недобровольнаго исполненія): судебный приставъ помимо воли и согласія должника передаетъ его имущество или эквивалентъ этого имущества взыскателю. Если при судебномъ производствѣ допускается извѣщеніе отвѣтчика чрезъ публикацію, то въ процессѣ исполненія такой способъ едва ли умѣстенъ и не вызывается необходимостью уже потому, что коль скоро взыскатель, желая реализировать судебное рѣшеніе, обращается чрезъ судебнаго пристава къ *имуществу* отвѣтчика, уже само собою предполагается налицо и *представитель* этого имущества (собственникъ, повѣренный, управляющій, опекунъ и проч.). Наконецъ, ст. 942 безусловно требуетъ, чтобы повѣстка объ исполненіи была сообщена отвѣтчику, независимо отъ того, указано ли при производствѣ дѣла въ окружномъ судѣ или судебной палатѣ мѣсто жительства отвѣтчика или нѣтъ. Въ этой статьѣ мы не встрѣчаемъ никакого изъятія или оговорки относительно отвѣтчика, мѣсто жительства котораго не заявлено при судебномъ производствѣ, какъ это сдѣлано въ ст. 275, 293, 726. Вотъ почему я полагаю, что въ разсматриваемомъ случаѣ взыскатель обязанъ указать судебному приставу мѣсто жительства отвѣтчика, куда и должна быть доставлена повѣстка объ исполненіи по правиламъ, изложеннымъ въ ст. 282—286; безъ такого указанія и безъ доставленія повѣстки объ исполненіи, судебный приставъ не

можетъ приступать къ исполненію рѣшенія; въ интересахъ же взыскателя указать адресъ отвѣтчика и тѣмъ способствовать осуществленію судебнаго рѣшенія, полученію присужденнаго имущества и возстановленію нарушеннаго права.

Мною, такимъ образомъ, разсмотрѣны главнѣйшіе вопросы, касающіеся судебнаго адреса, по отношенію къ тремъ стадіямъ гражданскаго процесса. Все сказанное имѣетъ одинаковое примѣненіе, какъ въ общемъ порядкѣ, такъ и въ сокращенномъ и исполнительномъ порядкѣ судопроизводства. Хотя правила о мѣстѣ жительства, мѣстѣ пребыванія и о способахъ сношеній суда съ тяжущимися, изложены въ отдѣлѣ объ общемъ порядкѣ судопроизводства, но они, тѣмъ не менѣе, примѣняются ко всѣмъ дѣламъ, въ которыхъ являются двѣ противоположныя стороны, въ какомъ бы порядкѣ эти дѣла ни производились. Такъ, по ст. 365 устава, къ случаямъ, для коихъ въ сокращенномъ порядкѣ не установлено особыхъ изъятій, примѣняются общія правила. Такое же правило установлено относительно исполнительнаго порядка (ст. 897). Нельзя при этомъ не указать на ошибку, въ которую впадаютъ нѣкоторые практики, полагающіе, что исполнительное производство, какъ вытекающее изъ главнаго исковаго производства и имѣющее съ нимъ тѣсную связь, должно быть освобождаемо отъ тѣхъ процессуальныхъ формальностей, которыми обставлено главное производство. Такое мнѣніе не основано на законѣ. Уставъ гражд. судопроизводства, указывая рядъ изъятій для исполнительнаго порядка (ст. 898—923), подчиняетъ его, во всемъ остальномъ, общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства. Такъ, напримѣръ, прошеніе, которымъ открывается исполнительное производство, должно содержать въ себѣ, между прочимъ, мѣсто жительства истца и отвѣтчика; при прошеніи должны быть представлены довѣренность, когда она подается повѣреннымъ, деньги на производство вызова и проч. Несоблюденіе этихъ правилъ должно повлечь за собою тѣ же послѣдствія, которыя установлены относительно исковыхъ прошеній (266, 269, 270 ст. устава). Связь же исполнительнаго производства съ главнымъ дѣломъ обнаруживается главнымъ образомъ въ томъ, что они оба подвѣдомственны одному и тому же суду (ст. 898), что требованіе о такихъ убыткахъ, о которыхъ не было заявлено въ теченіи предшествовавшаго производства, не допускается (ст. 902); что съ пріостановленіемъ исполненія рѣшенія по главному дѣлу пріостанавливается исполненіе рѣшенія суда о взысканіи судебныхъ издержекъ (ст. 920) и что въ удостовѣреніе судебныхъ издержекъ могутъ быть дѣлаемы ссылки на акты производства (ст. 908 и 916).

Въ заключеніе укажу на кассаціонную практику, относящуюся къ разсматриваемому предмету, причемъ ограничусь перечнемъ главныхъ положеній, извлеченныхъ изъ кассаціонныхъ рѣшеній, не входя въ ближайшее ихъ разсмотрѣніе. Тяжущійся можетъ указать избранное имъ мѣсто пребыванія и тамъ, гдѣ онъ вовсе не имѣетъ жительства, съ тою цѣлью, чтобы въ семъ мѣстѣ присылаемыя къ нему извѣщенія были на его имя принимаемы довѣренными людьми и доставляемы къ нему исправно (№ 1009—71 г.). Здѣсь и въ рѣшеніи № 406—75 г. высказывается взглядъ сената на «мѣсто пребыванія» въ отличіе отъ настоящаго домицилиума. Копія заочнаго рѣшенія сообщается отвѣтчику, хотя бы онъ жилъ не въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ (№ 480 – 67 г.). Копія апелляціонной жалобы сообщается противной сторонѣ и въ томъ случаѣ, когда она живетъ не въ томъ городѣ, гдѣ подана апелляціонная жалоба (№ 695—69 г., 22—82 г., 61—84 г., 83—85 г.; ср. №№ 431—69 г., 71—76 г.). При новой ревизіи и повѣркѣ, въ силу кассаціоннаго опредѣленія, въ судѣ 2-й степени, рѣшенія окружного суда, не примѣняются правила о вызовѣ въ судъ по данному исковому прошенію, и тяжущіеся о днѣ, назначенномъ для слушанія дѣла въ судебной палатѣ, должны быть извѣщаемы только въ случаяхъ заявленія ими объ избранномъ мѣстѣ пребыванія (№№ 676 и 882—68 г., 15, 328—71 г., 332—72 г., 93—73 г., 434—75 г., 29—80 г.). Обязанность заявить объ избранномъ мѣстѣ пребыванія распространяется и на участвующее въ дѣлѣ казенное управленіе (№ 661—71 г.). При подачѣ кассаціонной жалобы, всѣ бумаги, слѣдующія къ сообщенію принесшему жалобу, палата обязана отсылать въ то мѣсто, которое указано просителемъ въ жалобѣ (№ 99—74 г.). Въ этомъ случаѣ, сношенія палаты съ тяжущимися должны происходить, согласно 801 ст. устава гр. суд., въ томъ же порядкѣ, какой указанъ выше относительно апелляціонныхъ жалобъ. Правила о мѣстѣ пребыванія имѣютъ безусловное примѣненіе лишь въ теченіе того времени, когда дѣло производится; но когда производство по дѣлу окончено, тогда избранное тяжущимися мѣсто для нихъ уже болѣе необязательно (№ 99—74 г.). Относительно формы заявленія объ избранномъ мѣстѣ пребыванія, сенатъ, въ однихъ своихъ рѣшеніяхъ высказывалъ, что заявленіе объ избранномъ мѣстѣ пребыванія, сдѣланное въ одной изъ состязательныхъ бумагъ, не можетъ замѣнить заявленія, которое должно быть дѣлаемо тяжущимися въ канцеляріи судебнаго мѣста (№№ 712—68 г., 1187—71 г.); въ позднѣйшихъ своихъ рѣшеніяхъ (№№ 584, 1052, 1317 — 73 г., 241, 372, 405—74 г., 158—75 г.), сенатъ

допускаетъ означенное заявленіе и въ подаваемыхъ состязательныхъ бумагахъ. Относительно повѣстки объ исполненіи рѣшенія разъяснено, что она должна быть сообщаема судебнымъ приставомъ всегда должнику лично или по мѣсту его пребыванія, что этотъ способъ врученія повѣстки не можетъ быть замѣненъ, въ случаѣ неизвѣстности мѣста жительства отвѣтчика, публикаціею въ вѣдомостяхъ. Въ этомъ случаѣ взыскатель можетъ возбудить производство о безвѣстномъ отсутствіи, и тогда повѣстка объ исполненіи сообщается опекуну, назначенному по ст. 1453 уст. гр. суд. (№ 16—90) (см. также рѣш. общ. собр. кас. деп., №№ 43—84, 15—77).

О ЗАОЧНОМЪ РАЗБИРАТЕЛЬСТВѢ ПО ГРАЖДАНСКИМЪ ДѢЛАМЪ И О ПРЕДВАРИТЕЛЬНОМЪ ИСПОЛНЕНІИ ПО ЗАКОНУ 12 іюня 1890 года.

Примѣненіе закона 12 іюня 1890 г., вносящаго много новаго въ гражданскій процессъ, возбуждаетъ на практикѣ недоумѣнія, главнымъ образомъ потому, что законъ этотъ не представляетъ собой цѣльной и законченной новеллы, а содержитъ въ себѣ отрывочныя поправки, измѣненія и дополненія къ отдѣльнымъ статьямъ устава гражд. судопр. Поэтому представляется необходимымъ выяснить, въ чемъ именно заключаются эти поправки, измѣненія и дополненія. Прежде всего самый заголовокъ Высочайше утвержденнаго 12 іюня 1890 г. мнѣнія государственнаго совѣта вызываетъ, благодаря неточности редакціи, недоразумѣніе. Содержаніе закона озаглавлено такъ: «объ измѣненіи порядка заочнаго разбирательства по гражданскимъ дѣламъ и объ обезпеченіи доказательствъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ». Съ перваго взгляда можетъ показаться, что законъ этотъ *всецѣло* долженъ дѣйствовать въ тѣхъ лишь мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ; слѣдовательно, тамъ, гдѣ это положеніе еще не введено, все остается по прежнему. И дѣйствительно, многіе судебные дѣятели высказывали такое мнѣніе. Но оно безусловно невѣрно и основано на недоразумѣніи. Законъ начинается такъ: «государственный совѣтъ..., разсмотрѣвъ представленіе министра юстиціи по вопросамъ: о заочномъ разбирательствѣ по гражданскимъ дѣламъ, о понудительномъ исполненіи по актамъ, о сокращенномъ судопроизводствѣ и объ обезпеченіи доказательствъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, мнѣніемъ по-

ложилъ...» Въ дальнѣйшемъ же изложенiи самаго текста закона мы не находимъ никакихъ правилъ о понудительномъ исполненiи по актамъ и о сокращенномъ судопроизводствѣ; съ другой стороны, въ немъ содержатся правила по такому предмету, о которомъ ни въ заголовкѣ, ни во вступительной части закона нѣтъ ни полслова, а именно, о предварительномъ исполненiи рѣшенiй. Оказывается, такимъ образомъ, что вступительная часть новеллы не соотвѣтствуетъ заголовку, а текстъ не соотвѣтствуетъ вступительной части. Но это только кодификацiонный недосмотръ, который не долженъ имѣть влiянiя на сущность закона и на его примѣненiе. Извѣстно, что постановленiя о понудительномъ исполненiи по актамъ вошли въ составъ правилъ 29 декабря 1889 г. о производствѣ дѣлъ у земскихъ начальниковъ и городскихъ судей (ст. 141—160). Точно также объ обезпеченiи доказательствъ послѣдовало Высочайше утвержденное 9 iюля 1889 г. мнѣнiе государственнаго совѣта. Этимъ послѣднимъ закономъ дополнены статьи 29, 82 и 369 уст. гражд. суд. Правила о понудительномъ исполненiи были изданы только для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, а правила объ обезпеченiи доказательствъ — только для мировыхъ и общихъ судебныхъ установленiй. Въ представленiи министра юстицiи было, между прочимъ, предположено правила о понудительномъ исполненiи распространить на мировыя и общiя судебныя установленiя, а обезпеченiе доказательствъ отнести также къ вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Но государственный совѣтъ подвергъ своему обсужденiю только часть представленiя, а именно—измѣненiя въ заочномъ разбирательствѣ и въ предварительномъ исполненiи, *и распространенiе правилъ объ обезпеченiи доказательствъ* (изданныхъ уже раньше) *на земскихъ начальниковъ и городскихъ судей*. Въ этомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать употребленное въ концѣ заголовка и вступительной части закона выраженiе «въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положенiе о земскихъ участковыхъ начальникахъ». Выраженiе это относится къ «обезпеченiю доказательствъ». Отсюда слѣдуетъ, что правила о заочномъ разбирательствѣ по гражданскимъ дѣламъ и о предварительномъ исполненiи должны возымѣть свое дѣйствiе въ мировыхъ и и общихъ судебныхъ установленiяхъ *во всѣхъ* мѣстностяхъ, т. е. и тамъ, гдѣ положенiе о земскихъ начальникахъ еще не введено. Но эти правила (о заочномъ разбирательствѣ и о предварительномъ исполненiи), измѣняющiя и дополняющiя статьи гражд. суд., очевидно, не должны имѣть примѣненiе по дѣламъ, производящимся у земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и въ уѣздныхъ съѣздахъ, такъ какъ

для нихъ изданы особыя правила судопроизводства 29 декабря 1889 г., которыми они и обязаны руководствоваться. Итакъ, законъ 12 іюня 1890 г. *безусловно* обязателенъ, со времени его обнародованія, для *всѣхъ* мировыхъ и общихъ судебныхъ установленій.

Обращаюсь къ разсмотрѣнію содержанія этого закона. Онъ состоитъ изъ *четырехъ* отдѣловъ. Въ первомъ отдѣлѣ постановлено: «статью 358 и пунктъ 5 статьи 737 устава гр. суд. (изд. 1883 г.) отмѣнить» (I). Статья 358 помѣщена въ главѣ о сокращенномъ судопроизводствѣ и предусматриваетъ случай неявки истца въ день словеснаго состязанія; въ этомъ случаѣ «судъ объявляетъ о прекращеніи дѣла... или же, по желанію отвѣтчика, приступаетъ къ сужденію и постановляетъ рѣшеніе...» Съ отмѣною этой статьи, судебныя установленія, при производствѣ дѣла въ сокращенномъ порядкѣ, обязаны примѣнять, согласно ст. 365 устава гражд. суд., соотвѣтственное правило, постановленное для дѣлъ, производящихся въ общемъ порядкѣ, а именно п. 2 ст. 718 по новой редакціи. По этому пункту, если не явится истецъ *и не заявитъ ходатайства о постановленіи рѣшенія безъ явки его и безъ словесныхъ объясненій*, то судъ прекращаетъ производство дѣла, и, по просьбѣ отвѣтчика, присуждаетъ истца къ уплатѣ судебныхъ издержекъ и убытковъ, причиненныхъ ему вызовомъ къ суду, или же, по желанію отвѣтчика, приступаетъ къ сужденію и постановляетъ рѣшеніе по общимъ правиламъ... Правило это отличается отъ нынѣ отмѣненной ст. 358 тѣмъ, что для прекращенія дѣла требуется, кромѣ неявки истца, отсутствіе его ходатайства о постановленіи рѣшенія безъ явки его и безъ словесныхъ объясненій; если же такое ходатайство заявлено, то судъ не вправѣ прекратить производство (ст. 719[1] уст. гражд. суд.). Въ случаѣ же неявки *отвѣтчика* въ день словеснаго состязанія, наступаютъ различныя послѣдствія, смотря по тому, въ какомъ порядкѣ дѣло производится: въ сокращенномъ порядкѣ судъ постановляетъ заочное рѣшеніе на общемъ основаніи» (ст. 359 уст. гр. суд.), въ общемъ же порядкѣ «истецъ можетъ просить о допущеніи его къ представленію словесныхъ объясненій и о постановленіи заочнаго рѣшенія, *или же о новомъ вызовѣ отвѣтчика*» (п. 1 ст. 718 по новой редакціи). Предоставляя истцу право просить о новомъ вызовѣ отвѣтчика, составители закона руководствовались, вѣроятно, тѣмъ соображеніемъ, что дѣла, производящіяся въ общемъ порядкѣ, по свойству своему, требуютъ болѣе глубокаго и всесторонняго изслѣдованія, почему истецъ можетъ быть заинтересованъ въ томъ, чтобы отвѣтчикъ былъ налицо и чтобы судъ, постановляя рѣшеніе,

имѣлъ въ виду словесное состязаніе сторонъ (см. ниже). Новый законъ отмѣняетъ также 5 п. ст. 737 уст. гражд. суд. (изд. 1883 г.), по которому предварительное исполненіе допускается, когда заочное рѣшеніе постановлено противъ отвѣтчика, мѣсто жительства котораго не указано суду; теперь предварительное исполненіе допускается *во всѣхъ случаяхъ*, когда рѣшеніе постановлено заочно (п. 1 ст. 737[1] уст. гражд. суд.).

Второй отдѣлъ означеннаго закона измѣняетъ и дополняетъ статьи устава гражданскаго судопроизводства, относящіяся, главнымъ образомъ, къ заочному разбирательству и къ предварительному исполненію рѣшеній. Однѣ статьи касаются производства дѣлъ въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ, другія — въ окружныхъ судахъ (ст. II). Такъ какъ въ тѣхъ и другихъ статьяхъ изложены, за весьма немногими исключеніями, одни и тѣже правила, то можно ограничиться разсмотрѣніемъ постановленій, касающихся производства дѣлъ въ окружныхъ судахъ, съ указаніемъ соотвѣтствующихъ статей устава по производству дѣлъ въ мировыхъ установленіяхъ. Ст. 718 уст. гражд. суд. (по новой радакціи) опредѣляетъ послѣдствія неявки одной или обѣихъ сторонъ въ засѣданіе, назначенное для доклада дѣла и словеснаго состязанія. Не явился отвѣтчикъ; тогда явившійся истецъ можетъ просить о допущеніи его къ представленію словесныхъ объясненій и о постановленіи заочнаго рѣшенія, или же онъ можетъ просить «о новомъ вызовѣ отвѣтчика» (п. 1). О какомъ вызовѣ здѣсь говорится? Ст. 718 относится къ производству дѣла въ общемъ порядкѣ. Въ этомъ порядкѣ слушанію дѣла предшествуетъ предварительная письменная подготовка, которую законъ ограничиваетъ четырьмя состязательными бумагами: исковое прошеніе, отвѣтъ, возраженіе и опроверженіе (ст. 312 и слѣд.). Послѣ подачи исковаго прошенія слѣдуетъ *вызовъ отвѣтчика* къ суду, съ назначеніемъ ему срока для явки. Къ этому сроку тяжущіеся или ихъ повѣренные должны заявить въ канцеляріи объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ (ст. 275, 309—311). Для подачи состязательныхъ бумагъ законъ назначаетъ опредѣленные сроки; съ пропущеніемъ одною стороною какого либо срока другая сторона можетъ просить о назначеніи засѣданія для слушанія дѣла (ст. 313, 317, 318, 320). О назначенномъ засѣданіи сторона увѣдомляется повѣсткою (ст. 322). Для того, чтобы считать сторону неявившеюся въ засѣданіе, судъ долженъ удостовѣриться въ томъ, что повѣстка о засѣданіи доставлена по принадлежности и лишь тогда наступаютъ указанныя въ законѣ послѣдствія неявки. Судъ можетъ, по просьбѣ

истца, или постановить заочное рѣшеніе, или же назначить другое засѣданіе, *съ вызовомъ въ это засѣданіе неявившагося отвѣтчика*. Въ такомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать выраженіе п. 1 ст. 719 «о новомъ вызовѣ отвѣтчика», а не въ смыслѣ «вызова къ суду», составляющаго одинъ изъ моментовъ инструкціи дѣла. Засѣданіе для разсмотрѣнія дѣла по существу назначается обыкновенно по окончаніи письменной инструкціи дѣла и послѣ обмѣна состязательныхъ бумагъ. Если предположить, что законъ разумѣетъ «вызовъ къ суду», то это было бы равносильно допущенію *вторичной* инструкціи дѣла, т. е. новой подачи отвѣта, возраженія и опроверженія, а между тѣмъ законъ ограничиваетъ число состязательныхъ бумагъ только *четырьмя*. Если отвѣтчикъ не указалъ своего судебнаго адреса (ст. 309), то повѣстка о днѣ вновь назначеннаго засѣданія оставляется въ канцеляріи суда (ст. 311). Если отвѣтчикъ и *во второй* разъ не явится въ засѣданіе, то судъ, по просьбѣ истца, постановляетъ заочное рѣшеніе, такъ какъ законъ предоставляетъ истцу просить о новомъ вызовѣ отвѣтчика только въ случаѣ *первой* его неявки. По дѣламъ, производящимся въ сокращенномъ порядкѣ, истцу не предоставлено просить о новомъ вызовѣ отвѣтчика. По ст. 359 уст. гражд. суд., не измѣненной новымъ закономъ, въ случаѣ неявки отвѣтчика въ день словеснаго состязанія, судъ постановляетъ заочное рѣшеніе на общемъ основаніи. Точно также новый вызовъ отвѣтчика не можетъ имѣть мѣста при производствѣ дѣла у мироваго судьи и у уѣзднаго члена окружнаго суда: неявка отвѣтчика влечетъ за собою постановленіе, по просьбѣ истца, заочнаго рѣшенія (ст. 145 по новой редакціи; ст. 29 и 30 правилъ 12 іюля 1889 г. объ устройствѣ судебной части). Какъ по прежней, такъ и по новой редакціи ст. 719 уст. гражд. суд., рѣшеніе не считается заочнымъ, когда неявившійся отвѣтчикъ въ присланномъ отвѣтѣ проситъ постановить рѣшеніе въ его отсутствіи. Но по новой редакціи судъ, въ этомъ случаѣ, *можетъ*, если по обстоятельствамъ дѣла окажется необходимость въ словесныхъ объясненіяхъ отвѣтчика, потребовать его явки *лично* или чрезъ повѣреннаго. Эта необходимость въ словесныхъ объясненіяхъ отвѣтчика можетъ обнаружиться при слушаніи дѣла, и тогда судъ самъ и безъ просьбы истца можетъ отсрочить разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣла, назначить другой день засѣданія и вызвать къ этому дню отвѣтчика. Судъ можетъ, конечно, потребовать явки самого отвѣтчика, а не его повѣреннаго, въ тѣхъ случаяхъ, когда *личныя* объясненія отвѣтчика могутъ способствовать раскрытію истины. Въ случаѣ вторичной неявки отвѣтчика, судъ, по просьбѣ истца, постановляетъ рѣшеніе,

которое не считается заочнымъ (ст. 719). Особыхъ послѣдствій неявки (вторичной) отвѣтчика въ законѣ не установлено, но во всякомъ случаѣ уклончивость отвѣтчика не должна служить во вредъ истцу. Отвѣтчикъ, приславшій отвѣтъ съ просьбою о рѣшеніи дѣла въ его отсутствіе, можетъ просить о сообщеніи ему копіи резолюціи по дѣлу, по дѣйствительному его мѣсту пребыванія (ст. 719). Въ этомъ отношеніи новый законъ допускаетъ два изъятія изъ общаго порядка производства гражданскихъ дѣлъ. По ст. 725 отвѣтчику сообщается выписка *заочнаго рѣшенія*; съ состязательныхъ же рѣшеній ни копіи, ни выписки не сообщаются. Кромѣ того, послѣ срока, назначеннаго на явку въ судъ, всѣ бумаги сообщаются тяжущимся по избранному ими мѣсту пребыванія (ст. 309—311). Такое предоставляемое новымъ закономъ отвѣтчику право имѣетъ важное практическое значеніе. Ему нѣтъ надобности лично являться въ судъ или присылать повѣреннаго, чтобы узнать объ исходѣ дѣла. Онъ узнаетъ объ этомъ изъ присланной ему копіи резолюціи, составляющей сущность рѣшенія. Изъ нея же узнаетъ о времени объявленія рѣшенія, т. е. о днѣ, назначенномъ для изложенія рѣшенія въ окончательной формѣ, о чемъ всегда отмѣчается на резолюціи (ст. 704 и 714). Съ этого дня отвѣтчикъ можетъ, въ установленный закономъ срокъ, принести апелляцію, если рѣшеніе постановлено противъ него (ст. 719, 748 и 749). Такимъ образомъ, отвѣтчикъ сберегаетъ трудъ, время и расходы; онъ можетъ вести дѣло и не обращаясь къ повѣренному. Но, прося о сообщеніи ему копіи резолюціи, отвѣтчикъ обязанъ представить гербовый сборъ, канцелярскую пошлину и почтовые расходы.

Хотя постановленіе ст. 719 касается дѣлъ, производящихся въ общемъ порядкѣ, но оно за силою ст. 365 уст. гражд. суд. должно имѣть примѣненіе и по дѣламъ, производящимся въ сокращенномъ порядкѣ.

Для мировыхъ судебныхъ установленій законъ постановляетъ такое же правило (ст. 145[1]), примѣняемое и къ производству дѣлъ у уѣзднаго члена окружнаго суда (ст. 29 и 30 правилъ объ устр. суд. части), съ тою только разницею, что одной подачи отвѣтчикомъ мировому судьѣ или уѣздному члену письменнаго объясненія, взамѣнъ явки къ разбирательству, достаточно для того, чтобы постановленное рѣшеніе не почиталось заочнымъ, и никакой просьбы отвѣтчика о разсмотрѣніи и рѣшеніи дѣла безъ его явки и безъ словесныхъ объясненій не требуется. Постановленное въ этомъ случаѣ рѣшеніе, если оно не окончательное, подлежитъ апелляціи на общемъ основаніи.

Мы уже коснулись выше послѣдствій неявки истца въ засѣданіе. Разсмотримъ ихъ нѣсколько подробнѣе. Неявившійся истецъ можетъ письменно просить судъ о разрѣшеніи дѣла въ его отсутствіе (ст. 719[1]). Въ этомъ случаѣ судъ постановляетъ рѣшеніе *и безъ просьбы о томъ явившагося отвѣтчика;* судъ не въ правѣ прекратить производство дѣла, хотя бы объ этомъ просилъ отвѣтчикъ. Это новое правило значительно облегчаетъ положеніе отсутствующихъ истцовъ, въ особенности тѣхъ, которые живутъ въ дальнемъ разстояніи отъ суда. Они избавляются отъ траты времени, труда и издержекъ на поѣздки въ судъ или на наемъ повѣренныхъ. Имъ дано средство предупреждать прекращеніе производства дѣла въ случаѣ ихъ неявки (при прежнемъ порядкѣ, нерѣдко, недобросовѣстные отвѣтчики, пользуясь отсутствіемъ истцовъ, заявляли просьбу о прекращеніи производства). Въ отличіе отъ прежняго закона, неявившемуся истцу сообщается копія резолюціи по дѣлу по дѣйствительному его мѣсту пребыванія, если онъ объ этомъ заявилъ ходатайство (ст. 719[1]). Но и здѣсь, какъ и въ случаѣ неявки отвѣтчика (ст. 719), судъ въ правѣ, не постановляя рѣшенія, назначить другой день засѣданія и вызвать къ этому дню истца, если это окажется необходимымъ. Послѣдствіе неисполненія истцомъ этого требованія заключается въ прекращеніи производства дѣла и только по просьбѣ отвѣтчика постановляется рѣшеніе (ст. 719[1]).

Прекращая производство, судъ, по просьбѣ отвѣтчика, присуждаетъ истца къ уплатѣ судебныхъ издержекъ и убытковъ, причиненныхъ ему вызовомъ къ суду (п. 2 ст. 718). Точно такое же правило постановлено для дѣлъ, производящихся у мировыхъ судей (ст. 145[2]). Оно должно имѣть примѣненіе и по производству дѣлъ у уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ (ст. 29 и 30 правилъ объ устр. суд. части). Неявка истца и отсутствіе просьбы о постановленіи рѣшенія безъ его явки (ст. 719[1]) влечетъ за собою прекращеніе производства дѣла, *хотя бы и безъ просьбы о томъ отвѣтчика* (ст. 718 п. 2 по новой редакціи; по прежней же редакціи производство дѣла прекращается *по просьбѣ отвѣтчика*). Но отвѣтчикъ можетъ просить о постановленіи рѣшенія (тамъ же). Такимъ образомъ, простая неявка истца имѣетъ прямымъ своимъ послѣдствіемъ прекращеніе производства, и только *по просьбѣ отвѣтчика* постановляется рѣшеніе. Съ отмѣною ст. 358 уст. гражд. суд., всѣ указанныя постановленія, касающіяся неявки истца въ засѣданіе, должны имѣть примѣненіе, какъ упомянуто выше, и при производствѣ дѣла въ сокращенномъ порядкѣ (ст. 365 уст. гражд. суд.). Для мировыхъ

судей, а слѣдовательно и для уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ, постановлена ст. 145 (по новой редакціи), указывающая такія же послѣдствія неявки истца, какія указаны въ ст. 718 п. 2 уст. гражд. суд. (по новой редакціи). Какія послѣдствія наступаютъ въ случаѣ неявки въ засѣданіе *обѣихъ* сторонъ? Случай этотъ предусматривается 3 п. 718 ст. (новой редакціи). «Если не явятся обѣ стороны и, при томъ, ни одна изъ нихъ не заявитъ просьбы о разрѣшеніи дѣла въ ея отсутствіи (ст. 719 и 719[1]), то дѣло исключается изъ очереди, и новое засѣданіе можетъ быть назначено не иначе. какъ по просьбѣ той или другой стороны». Точно такое же правило постановлено для дѣлъ, производящихся у мировыхъ судей (ст. 145[2]). По смыслу этого постановленія, въ случаѣ заявленія обѣими сторонами или даже одною изъ нихъ просьбы о разрѣшеніи дѣла въ ея отсутствіе, дѣло изъ очереди не исключается, а постановляется рѣшеніе. Оно будетъ заочнымъ, если изъ неявившихся сторонъ только истецъ просилъ о разрѣшеніи дѣла въ его отсутствіе (ст. 718 п. 1 и ст. 719[1] уст. гражд. суд. по новой редакціи); если же неявившійся отвѣтчикъ въ присланномъ отвѣтѣ просилъ о разрѣшеніи дѣла въ его отсутствіе, то постановленное рѣшеніе не почитается заочнымъ и подлежитъ только апелляцій (ст. 719 по новой редакціи). Такимъ образомъ, по новому закону дѣло можетъ быть разрѣшено по существу въ отсутствіе *обѣихъ* сторонъ, слѣдовательно, безъ словесныхъ состязаній и объясненій, на основаніи однихъ только имѣющихся въ дѣлѣ бумагъ. Въ этомъ заключается отступленіе отъ принципа устности процесса. Однако, если по обстоятельствамъ дѣла окажется необходимымъ въ словесныхъ объясненіяхъ обѣихъ сторонъ или одной изъ нихъ, то судъ можетъ отложить разрѣшеніе дѣла, назначить другое засѣданіе и потребовать явки сторонъ или одной изъ нихъ (ст. 719 и 719[1]). Въ случаѣ вторичной неявки истца, судъ прекращаетъ производство дѣла, а въ случаѣ вторичной неявки отвѣтчика—постановляется рѣшеніе незаочное (тамъ же). Противъ перваго заочнаго рѣшенія, постановленнаго противъ отвѣтчика (1 п. ст. 718), онъ имѣетъ двоякаго рода средства защиты—отзывъ или апелляцію. На второе же заочное рѣшеніе онъ можетъ принести только апелляцію. Замѣчу, что заочное рѣшеніе въ техническомъ смыслѣ (подлежащее отзыву) можетъ быть постановлено только разъ; *второе* же рѣшеніе, постановляемое вслѣдствіе поданнаго отвѣтчикомъ отзыва, уже не будетъ заочнымъ, хотя бы постановлено было въ отсутствіе отвѣтчика: выписка его отвѣтчику не сообщается и оно отзыву не подлежитъ (ст. 725). Истецъ имѣетъ одно только

средство защиты противъ заочнаго рѣшенія—апелляцію. Срокъ для принесенія апелляціи на заочное рѣшеніе исчисляется, какъ для истца, такъ и для отвѣтчика, съ того же момента, съ котораго исчисляется срокъ для подачи отвѣтчикомъ отзыва, а именно или со времени дѣйствительнаго полученія отвѣтчикомъ выписки изъ заочнаго рѣшенія, или со времени предъявленія ему повѣстки объ исполненіи рѣшенія, смотря по тому, что прежде послѣдовало (ст. 734 уст. гражд. суд. по новой редакціи). Правило это можетъ создать для отсутствущаго истца затрудненіе въ исчисленіи срока для подачи апелляціи: онъ можетъ не знать, когда именно доставлена отвѣтчику выписка изъ заочнаго рѣшенія. Единственный, мнѣ кажется, выходъ изъ этого затрудненія—исчислять апелляціонный срокъ со дня, назначеннаго тяжущимся для прочтенія рѣшенія (ст. 704), такъ какъ день этотъ всегда будетъ предшествовать времени доставленія отвѣтчику выписки изъ заочнаго рѣшенія. Но во всякомъ случаѣ, по новому закону срокъ принесенія апелляціи на заочное рѣшеніе удлиненъ. Мало того, продолжительность этого срока зависитъ отъ истца: онъ можетъ не представлять денегъ на сообщеніе выписки изъ заочнаго рѣшенія отсутствующему отвѣтчику и отдалять такимъ образомъ день объявленія рѣшенія, который согласно ст. 714 по новой редакціи, совпадаетъ со временемъ доставленія означенной выписки. Впрочемъ, какъ увидимъ ниже, апелляціонный срокъ будетъ исчисляться въ большинствѣ случаевъ со дня предъявленія отвѣтчику повѣстки объ исполненіи, который будетъ предшествовать времени доставленія выписки изъ заочнаго рѣшенія, такъ какъ по заочнымъ рѣшеніямъ законъ допускаетъ предварительное исполненіе (ст. 737[1] уст. гражд. суд.). Истцу, въ этихъ случаяхъ, не трудно будетъ получить отъ судебнаго пристава свѣдѣнія о времени предъявленія отвѣтчику повѣстки объ исполненіи. Для мировыхъ судей (слѣдовательно, и для уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ) постановлено то же самое, что и для окружныхъ судовъ, относительно исчисленія срока на принесеніе апелляціи на заочное рѣшеніе (ст. 155 уст. гражд. судопр. по новой редакціи).

Отзывъ отвѣтчика противъ заочнаго рѣшенія вносится немедленно по поступленіи отзыва въ судебное засѣданіе для разрѣшенія вопроса о принятіи или непринятіи его, каковой вопросъ разрѣшается судебнымъ опредѣленіемъ (ст. 730). Отзывъ оставляется безъ движенія или возвращается по тѣмъ же основаніямъ и правиламъ, какія установлены для апелляціонныхъ жалобъ (ст. 729[1]). Слѣдовательно, къ отзывамъ примѣняются статьи 755 и 756 уст. гражд. суд. Слѣдуетъ

однако замѣтить, что для подачи отзыва повѣреннымъ законъ не требуетъ особаго полномочія: такого требованія въ ст. 250 уст. гражд. суд. не выражено; поэтому 2 п. ст. 755, постановляющій о возвращеніи апелляціонной жалобы, принесенной повѣреннымъ, не уполномоченнымъ на это дѣйствіе, слѣдуетъ понимать, въ примѣненіи къ отзыву, въ смыслѣ уполномочія вообще на веденіе судебнаго дѣла. О возвращеніи отзыва или объ оставленіи его безъ движенія, постановляется определеніе, которое объявляется отвѣтчику, причемъ отзывъ возвращается при объявленіи (ст. 755 и 756). Возвращеніе отзыва равносильно непринятію его и, поэтому, отвѣтчикъ можетъ принести частную жалобу на возвращеніе отзыва, отдѣльно отъ апелляціи (ст. 730 и 757). Если отзывъ судомъ принятъ, то немедленно назначается засѣданіе для слушанія дѣла... (ст. 730[1]). По смыслу этой статьи, засѣданіе назначается ex officio, безъ просьбы сторонъ; о днѣ засѣданія онѣ извѣщаются, причемъ истцу сообщаются копіи отзыва и приложеній (тамъ же). Въ отличіе отъ прежняго, нынѣ измѣненнаго закона (ст. 731), фактъ принятія отзыва не имѣетъ самъ по себѣ никакого вліянія на заочное рѣшеніе: оно остается пока въ силѣ и приводится въ исполненіе (если допущено предварительное исполненіе). Заочное рѣшеніе теряетъ свою силу, т. е. признается недѣйствительнымъ лишь тогда, когда судомъ, вслѣдствіе принесеннаго отзыва, постановлено новое рѣшеніе (ст. 731 по новой редакціи). Эту поправку слѣдуетъ признать весьма удачною и полезною: ею устраняется возможное злоупотребленіе со стороны отвѣтчика правомъ отзыва. Стоило прежде отвѣтчику *подать* отзывъ, хотя бы самый неосновательный, и тѣмъ самымъ обратить судебное рѣшеніе въ ничто! Точно также ни подача, ни принятіе отзыва не влекутъ, сами по себѣ, пріостановленія исполненія заочнаго рѣшенія (какъ это было до изданія новаго закона); для этого необходимы просьба отвѣтчика, заявленная при самой подачѣ отзыва или послѣ, до постановленія новаго рѣшенія, и опредѣленіе суда по этому предмету, каковое опредѣленіе должно быть постановлено не позднѣе трехъ дней по поступленіи просьбы (ст. 732 по новой редакціи). Отъ суда зависитъ пріостановить исполненіе или нѣтъ, смотря по тому, представляется ли отзывъ по существу своему уважительнымъ или нѣтъ. Пріостанавливая исполненіе, судъ *можетъ* принять мѣры обезпеченія иска, *если истецъ о томъ проситъ* (ст. 732 по новой редакціи). Хотя послѣдней оговорки въ новомъ законѣ нѣтъ (это оговорено въ ст. 732 прежней редакціи), но при отсутствіи просьбы истца объ обезпеченіи, судъ лишенъ возможности избрать тотъ или другой способъ обезпеченія (ст. 603, 626 и 627 уст. гражд. суд.).

По общему правилу, неявка отвѣтчика въ засѣданіе, назначенное для доклада дѣла, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ постановленіе судомъ заочнаго рѣшенія. Теперь для неявившагося отвѣтчика наступаетъ еще одно невыгодное послѣдствіе, а именно—обращеніе заочнаго рѣшенія къ предварительному исполненію, если объ этомъ проситъ истецъ (п. 1 ст. 737[1]). Въ этомъ случаѣ безразлично, чтб именно составляетъ основаніе и предметъ рѣшенія: коль скоро оно заочное, должно быть допущено, по просьбѣ истца, предварительное исполненіе. Затѣмъ оно *можетъ* быть пріостановлено не иначе, какъ по просьбѣ отвѣтчика, заявленной при подачѣ отзыва или послѣ сего, но съ постановленіемъ, вслѣдствіе отзыва, новаго рѣшенія, это послѣднее обращается, по просьбѣ истца, къ предварительному исполненію (п. 2 ст. 737[1]). Такимъ образомъ, законъ расширяетъ случаи допущенія предварительнаго исполненія. По смыслу 2 п. ст. 737, если по заочному рѣшенію не было допущено предварительное исполненіе (истецъ объ этомъ не просилъ), то оно не допускается и по новому рѣшенію, развѣ бы оно соотвѣтствовало условіямъ, перечисленнымъ въ ст. 737 уст. гражд. суд. Допуская предварительное исполненіе заочныхъ рѣшеній (п. 1 ст. 737[1]), законъ въ то же время ограничиваетъ это исполненіе, постановляя, что спорное движимое имущество и наличныя денежныя суммы не передаются взыскателю, а подвергаются лишь аресту; арестованное же или описанное на удовлетвореніе денежныхъ взысканій имущество не подлежитъ продажѣ до истеченія мѣсяца со дня врученія должнику первой повѣстки объ исполненіи, а по дѣламъ, производящимся въ обыкновенномъ порядкѣ—до истеченія шести недѣль (ст. 924[1]). Правило это примѣняется *независимо отъ просьбы истца*. Эти ограниченія имѣютъ въ виду только рѣшенія, обращенныя къ предварительному исполненію на основаніи 1 п. ст. 737[1], т. е. на томъ единственно основаніи, что рѣшеніе заочное. Отсюда слѣдуетъ, что означенныя ограниченія не относятся къ заочнымъ рѣшеніямъ, по которымъ допущено предварительное исполненіе на основаніи 737 ст. уст. гражд. судъ. Приведеніе этихъ заочныхъ рѣшеній въ исполненіе можетъ быть остановлено только *по просьбѣ отвѣтчика* (ст. 732 по новой редакціи). Ст. 924[1] касается такихъ лишь заочныхъ рѣшеній, которыми присуждено истцу находившееся въ спорѣ *движимое* имущество или какое-либо денежное взысканіе. Слѣдовательно, обращенное къ предварительному исполненію заочное рѣшеніе, коимъ присуждено истцу *недвижимое* имѣніе или коимъ отвѣтчикъ обязанъ совершить въ пользу истца какія-либо дѣйствія или работы, приводится въ испол-

неніе до конца безостановочно. Ст. 924[1] основана, вѣроятно, на томъ соображеніи, что движимое имущество и деньги легко и быстро переходятъ изъ рукъ въ руки и что публичная продажа имущества сопряжена нерѣдко съ невознаградимымъ ущербомъ для отвѣтчика. Если заочное рѣшеніе будетъ отмѣнено вслѣдствіе отзыва или апелляціи, то очень часто поворотъ исполненія окажется невозможнымъ. Вотъ почему законъ и постановляетъ, что имущество и деньги не передаются взыскателю, а описанное имущество не подвергается продажѣ до истеченія опредѣленнаго срока. Послѣдняя часть постановленія имѣетъ въ виду публичную продажу *движимаго* имущества, такъ какъ относительно описи и продажи недвижимаго имущества въ уставѣ опредѣлены такіе сроки, которые гораздо продолжительнѣе сроковъ, указанныхъ въ ст. 924[1]. Такъ, для описи недвижимаго имущества въ повѣсткѣ объ исполненіи назначается двухмѣсячный срокъ (ст. 1095); день торга не можетъ быть назначаемъ ранѣе одного, двухъ или трехъ мѣсяцевъ со дня объявленія о продажѣ (ст. 1143 и 1144). Затѣмъ требуется еще судебное опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ (ст. 1164). Такимъ образомъ, отъ дня врученія должнику повѣстки объ исполненіи до продажи и укрѣпленія имѣнія проходитъ весьма продолжительное время, значительно превышающее срокъ продажи, опредѣленный въ ст. 924[1]. Замѣчу, что срокъ этотъ установленъ только для продажи имущества, но не для передачи взыскателю спорнаго имущества и наличныхъ денежныхъ суммъ. По моему мнѣнію, они остаются подъ арестомъ до вступленія рѣшенія въ законную силу (ст. 924). Хотя постановленіе ст. 924[1] касается исполненія рѣшеній и, слѣдовательно, обязательно для судебныхъ приставовъ, но въ виду того, что дѣйствіе этой статьи распространяется далеко не на всѣ заочныя рѣшенія (см. выше), представляется цѣлесообразнымъ, чтобы въ рѣшеніи суда (въ резолютивной части, которая вносится въ исполнительный листъ) указано было содержаніе ст. 924[1], въ тѣхъ, разумѣется, случаяхъ, когда она должна имѣть примѣненіе. Иначе, судебные пристава могутъ легко впасть въ ошибку при исполненіи рѣшенія.

Ст. 738 по новой редакціи постановляетъ между прочимъ, что въ случаяхъ, указанныхъ въ п. 1—3 ст. 737 и въ ст. 737[1], отъ суда зависитъ допустить предварительное исполненіе рѣшенія безъ истребованія или съ истребованіемъ обезпеченія отъ стороны, просящей объ исполненіи. Предварительное же исполненіе на основаніи 4 п. ст. 737 допускается не иначе, какъ съ истребованіемъ обезпеченія..., которое можетъ заключаться въ пріостановленіи передачи

истцу или продажи арестованнаго или описаннаго имущества или передачи истцу суммы... Пріостановленіе такой передачи или продажи обязательно, *когда обезпеченіе требуется при исполненіи заочнаго рѣшенія* (ст. 737[1]). Послѣдняя часть этого постановленія возбуждаетъ недоумѣніе. Мы уже видѣли, что по заочному рѣшенію, обращенному къ предварительному исполненію на основаніи 1 п. 737[1] ст., спорное движимое имущество и денежныя суммы не передаются взыскателю, а продажа имущества не производится до истеченія опредѣленнаго срока (ст. 924[1]). Правило это примѣняется, слѣдовательно, независимо отъ того, допущено ли предварительное исполненіе съ истребованіемъ или безъ истребованія обезпеченія. Какъ же понимать выраженіе ст. 738 «когда обезпеченіе требуется при исполненіи заочнаго рѣшенія?» По моему мнѣнію, смыслъ послѣдней части ст. 738, заключается въ томъ, что если предварительное исполненіе заочнаго рѣшенія допущено *съ истребованіемъ обезпеченія* отъ стороны, просящей объ исполненіи (а это зависитъ, по ст. 738, отъ суда), то обезпеченіе состоитъ *единственно* въ пріостановленіи передачи истцу присужденнаго ему имущества (какъ движимаго, такъ и *недвижимаго*) или денежныхъ суммъ, или въ пріостановленія продажи арестованнаго или описаннаго на удовлетвореніе имущества; въ этомъ случаѣ передача или продажа имущества пріостанавливливается *до вступленія рѣшенія въ законную силу*. Хотя о пріостановленіи передачи *спорнаго недвижимаго или движимаго имущества* въ ст. 738 прямо не указано, но нѣтъ никагого основанія дѣлать какое либо различіе между такими имуществами и денежными суммами. Если же предварительное исполненіе заочнаго рѣшенія допущено *безъ истребованія обезпеченія*, то продажа имущества пріостанавливается только *до истеченія извѣстнаго срока: мѣсяца или шести недѣль со дня* врученія повѣстки объ исполненіи (924[1]), а спорное движимое имущество и наличныя денежныя суммы подвергаются аресту и не передаются взыскателю; спорное же недвижимое имущество ему передается (тамъ же). Только относительно спорнаго движимаго имущества и денежныхъ суммъ я не вижу разницы между предварительнымъ исполненіемъ заочнаго рѣшенія съ истребованіемъ обезпеченія и безъ истребованія таковаго; въ обоихъ случаяхъ имущество и деньги не передаются взыскателю до вступленія рѣшенія въ законную силу.

Въ разсматриваемый второй отдѣлъ закона (II) вошли еще два существенныхъ процессуальныхъ нововведенія. Одно изъ нихъ касается производства дѣлъ въ мировомъ съѣздѣ, а именно,— неявка тяжущихся не останавливаетъ постановленія рѣшенія (ст. 172;по преж-

ней же редакціи этой статьи, въ случаѣ неявки сторонъ разсмотрѣніе дѣла откладывалось). Такое измѣненіе сдѣлано съ цѣлью ускорить разрѣшеніе дѣла въ апелляціонной инстанціи. Относительно судебной палаты такое правило существовало и прежде (ст. 770). Другое измѣненіе касается ст. 588 уст. гражд. суд. По новой редакціи этой статьи, въ случаѣ принесенія жалобы на опредѣленіе суда, коимъ отводъ о подсудности оставленъ безъ уваженія, судъ *можетъ* пріостановить дальнѣйшее производство дѣла до разрѣшенія жалобы, если признаетъ это необходимымъ; по прежней же редакціи этой статьи производство дѣла *останавливалось* до разрѣшенія жалобы. Это послѣднее правило нерѣдко служило для отвѣтчиковъ удобнымъ средствомъ оттягивать разрѣшеніе дѣла: стоило только заявить отводъ о подсудности, хотя бы самый неосновательный, и затѣмъ на опредѣленіе суда по сему предмету принести частную жалобу, и производство останавливалось. Теперь же пріостановленіе производства для суда необязательно.

Третій и четвертый отдѣлы закона (III и IV) постановляютъ о распространеніи правилъ объ обезпеченіи доказательствъ (ст. IX и X закона 9 іюля 1889 г., обнародованнаго въ собр. узак. 31 іюля 1889 г. ст. 674) на земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Вѣдомству этихъ должностныхъ лицъ подлежатъ просьбы объ обезпеченіи доказательствъ на всякую сумму (ст. 20 правилъ 29 декабря 1889 г. дополнена пунктомъ шестымъ). Этотъ новый предметъ вѣдомства земскихъ начальниковъ и городскихъ судей имѣетъ ту особенность, что онъ отнесенъ также къ вѣдомству уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ и самихъ окружныхъ судовъ (п. 6 ст. 29 и ст. 369[1] уст. гражд. суд. по закону 8 іюля 1889 г.). Здѣсь слѣдуетъ различать, заявлена ли просьба объ обезпеченіи доказательствъ до или послѣ начатія иска. Въ послѣднемъ случаѣ просьба объ обезпеченіи доказательствъ разрѣшается тѣмъ земскимъ начальникомъ, городскимъ судьею, уѣзднымъ членомъ и окружнымъ судомъ, у котораго производится самое дѣло (ст. 82[3] и 369[1] уст, гражд. суд.). Исключеніе изъ этого общаго правила допускается лишь тогда, когда принятіе мѣръ обезпеченія не терпитъ отлагательства (ст. 82[3] уст. гражд. суд.). Просьбы же объ обезпеченіи доказательствъ, заявленныя до начатія иска, подлежатъ разсмотрѣнію того земскаго начальника или городскаго судьи, въ участкѣ коего находится предметъ осмотра, или имѣютъ жительство свидѣтели или свѣдующіе люди. Имъ же подлежатъ просьбы объ обезпеченіи доказательствъ, хотя и заявленныя послѣ начатія иска у уѣзднаго члена или въ окружномъ

судѣ, когда принятіе мѣръ обезпеченія не терпитъ отлагательства (arg. ст. 82[3] уст. гражд. суд.). Отсюда слѣдуетъ, что просьбы объ обезпеченіи доказательствъ, заявленныя уѣздному члену окружнаго суда или самому суду *до начатія иска*, не подлежатъ ихъ разсмотрѣнію, а должны быть заявлены компетентному по этому предмету земскому начальнику или городскому судьѣ. Въ этомъ смыслѣ и слѣдуетъ понимать ст. 369[1], по которой, въ случаѣ просьбы объ обезпеченіи доказательствъ, судъ руководствуется правилами, изложенными въ ст. 82[1]—82[8] уст. гражд. суд.

При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что въ тѣхъ случаяхъ, когда просьба объ обезпеченіи доказательствъ подлежитъ разсмотрѣнію окружнаго суда, производство осмотра и допросъ свидѣтелей поручается уѣздному члену окружнаго суда, на основаніи ст. 34 правилъ 12 іюля 1889 г. объ устройствѣ судебной части По новому закону, мѣры по обезпеченію доказательствъ принимаются или самимъ земскимъ начальникомъ, или, по его порученію, общею волостною или сельскою полиціею (ст. 20[1] правилъ 29 Дек. 89 г.). Едва ли удобно поручать полиціи производство осмотра и допросъ свидѣтелей и свѣдущихъ лицъ. Эти судебныя дѣйствія представляются, въ большинствѣ случаевъ, довольно сложными, требующими юридическихъ свѣдѣній и опытности, въ особенности, когда обезпеченіе доказательствъ касается поземельныхъ отношеній или предметовъ, требующихъ спеціальныхъ техническихъ свѣдѣній. Отъ волостной или сельской полиціи невозможно ожидать даже поверхностнаго знакомства съ общими правилами устава гражданскаго судопроизводства объ осмотрѣ на мѣстѣ, о показаніяхъ свидѣтелей и о заключеніи свѣдущихъ лицъ, каковыя правила обязательно примѣняются при обезпеченіи доказательствъ (ст. 82[6] уст. гражд. суд.). Во всякомъ случаѣ ст. 20[1] касается только земскихъ начальниковъ; слѣдовательно, городскіе судьи и уѣздные члены окружныхъ судовъ сами обязаны принимать мѣры къ обезпеченію доказательствъ и не вправѣ поручать дѣйствій по этому предмету полиціи.

ОБЪ УПРОЩЕННОМЪ И СОКРАЩЕННОМЪ ПОРЯДКѢ СУДОПРОИЗВОДСТВА.

За послѣднее десятилѣтіе въ нашемъ судебномъ законодательствѣ замѣчалось оживленное движеніе: учреждались новые органы суда, создавались новые порядки процесса. Каковы бы ни были мотивы и цѣли творчества въ сферѣ нашего новѣйшаго законодательства, отвѣчають ли новыя правовыя нормы требованіямъ дѣйствительности и обезпечивають ли они въ достаточной мѣрѣ права лицъ, во всякомъ случаѣ быстрота въ движеніи законодательнаго механизма и усиленная продуктивность его вызываютъ, хотя и временно, нѣкоторую неопредѣленность и сбивчивость въ правоотношеніяхъ и возбуждаютъ неудовольствіе среди любителей старины, сросшихся съ обычными порядками и рутинными пріемами. Это относится, главнымъ образомъ, къ творчеству въ дѣлѣ юстиціи.

Въ настоящее время къ прежде существовавшимъ порядкамъ судопроизводства присоединился такъ называемый «упрощенный порядокъ судопроизводства», который, повидимому, аналогиченъ съ порядкомъ, установленнымъ «Правилами о понудительномъ исполненіи по актамъ» (правила 29 декабря 1889 г.), но между ними, какъ увидимъ, существенная разница.

Сдѣланы также немаловажныя измѣненія въ гражданскомъ процессѣ вообще (законъ 12 іюня 1890 года о заочномъ разбирательствѣ и о предварительномъ исполненіи и законъ 3 іюня 1891 года). Не только для общества, но и для самихъ судебныхъ дѣятелей, органовъ судебной власти, чрезвычайно важно усвоить себѣ условія, послѣдствія, отличительныя черты и особенности того или другаго порядка судопроизводства, такъ какъ формы суда находятся въ прямомъ отношеніи къ самымъ матеріальнымъ правамъ, требующимъ защиты и

охраны. Вотъ почему не безполезно подвергнуть законъ объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства подробному обсужденію и оцѣнкѣ, раскрыть его смыслъ и сдѣлать его общедоступнымъ и понятнымъ. Для обширной группы гражданскихъ правовыхъ отношеній существуютъ въ настоящее время *двѣ* главныя формы судопроизводства: а) сокращенный порядокъ, установленный судебными уставами Императора Александра II, нѣсколько измѣненный закономъ 3 іюня 1891 г.; б) упрощенный порядокъ, *впервые* созданный тѣмъ же закономъ 3 іюня, и в) *одна несудебная* форма производства: понудительное исполненіе по актамъ, установленное правилами 29 декабря 1889 г. Только путемъ сравнительнаго метода могутъ быть раскрыты отличительныя черты и особенности вводимаго закономъ 3 іюня 1891 г. новаго порядка охраны и возстановленія гражданскихъ правъ. На этомъ собственно законѣ мы и сосредоточимъ наше вниманіе, такъ какъ правила о понудительномъ исполненіи по актамъ были уже разсмотрѣны нами въ «Судопроизводствѣ гражданскомъ и уголовномъ» [1]).

I.

Отличительныя черты упрощеннаго процесса со стороны субъективной и объективной.

Законъ 3 іюня 1891 года озаглавленъ «объ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства по векселямъ, долговымъ обязательствамъ и наемнымъ договорамъ и о сокращенномъ судопроизводствѣ». Согласно съ этимъ, первая часть закона излагаетъ правила упрощеннаго судопроизводства (I), вторая же часть вводитъ нѣкоторыя существенныя измѣненія въ сокращенный порядокъ судопроизводства (II). Въ упрощенномъ порядкѣ судебныя функціи сосредоточены въ одномъ лицѣ. По ст. 365^5 уст. гражд. суд., дѣла въ упрощенномъ порядкѣ производятся и разрѣшаются единолично членамъ окружнаго суда, назначаемымъ для сего постановленіемъ общаго собранія суда. Въ сокращенномъ же порядкѣ судебная власть дѣйствуетъ *коллегіально*, въ составѣ не менѣе трехъ судей. Въ этомъ заключается *первая* особенность упрощеннаго порядка и, вмѣстѣ съ тѣмъ, *субъективное* различіе между нимъ и сокращеннымъ порядкомъ. Слѣдовательно, исковыя прошенія по дѣламъ, подлежащимъ производству въ упрощенномъ порядкѣ, поступаютъ къ члену суда, онъ же даетъ имъ дальнѣйшее

---

[1]) См. также ниже „Къ пересмотру судебныхъ уставовъ".

направленіе, онъ же постановляетъ по нимъ частныя опредѣленія и рѣшенія. Само собою разумѣется, что производство этого рода дѣлъ будетъ возлагаться на членовъ гражданскихъ отдѣленій судовъ, какъ лицъ, ближе знакомыхъ съ деталями гражданскаго процесса и пріобрѣвшихъ извѣстный навыкъ и опытность, столь важные въ сложномъ судебномъ механизмѣ. Замѣчу, что для болѣе правильнаго и равномѣрнаго распредѣленія труда между всѣми членами гражданскихъ отдѣленій суда удобнѣе всего держаться той же системы, которая практикуется относительно распредѣленія гражданскихъ дѣлъ вообще между членами суда и которая, хотя вскользъ, рекомендуется уставомъ гражд. суд. (ст. 271). Предсѣдатель суда или товарищъ его, завѣдующій гражданскимъ отдѣленіемъ или заступающій его членъ суда, принимая каждый день въ извѣстные часы всякаго рода прошенія по гражданскимъ дѣламъ, распредѣляетъ ихъ, по установленной очереди, между членами суда. Тому же порядку слѣдуетъ подчинить исковыя просьбы, въ которыхъ заявлено ходатайство о производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[4] уст. гражд. суд.). Эти просьбы распредѣляются лицомъ, ихъ принимающимъ, между членами суда по гражданскому отдѣленію и въ тотъ же день поступаютъ къ нимъ для направленія и производства. Судья, принимающій прошенія, только удостовѣряется въ наличности просьбы о производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ и помѣчаетъ день принятія или поступленія прошенія въ судъ, и ничего болѣе: самое производство дѣла по этому прошенію и разрѣшеніе его возлагается на того члена суда, который для сего назначенъ общимъ собраніемъ и къ которому дѣло поступаетъ по очереди. Такимъ образомъ, общее собраніе опредѣляетъ, кто именно, т. е. какіе члены изъ всего состава суда назначаются для производства дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ и затѣмъ уже дѣла распредѣляются между ними равномѣрно тѣмъ судьею, который принимаетъ поступающія въ судъ бумаги. Выдѣлять же изъ состава суда, разъ навсегда, одного и того же члена для производства дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ представляется неудобнымъ: этимъ нарушилось бы равновѣсіе въ распредѣленіи труда между всѣми членами, установились бы рутинные, а можетъ быть и ошибочные пріемы, преимущественно *одному* лицу свойственные, между тѣмъ, какъ совокупною дѣятельностью нѣсколькихъ лицъ, занимающихся поочередно однимъ и тѣмъ же предметомъ въ извѣстномъ направленіи, могутъ выработаться болѣе правильные техническіе пріемы, могутъ упрочиться разумные обычаи и переходить традиціонно отъ одного поколѣнія судей къ другому. Вообще узкая специа-

лизація судейскаго труда можетъ отражаться вредно на общемъ уровнѣ развитія и опытности судей, порождать односторонность, вредную рутину и единообразіе, ужъ не говоря о нарушеніи столь желательной равномѣрности въ распредѣленіи судейскаго труда.

И такъ, единоличность судебной власти составляетъ первый специфическій признакъ, отличающій упрощенный порядокъ отъ сокращеннаго. Компетентнымъ судьею въ дѣлахъ перваго порядка является членъ окружнаго суда. Это общее правило. Территоріальная подсудность дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ опредѣляется однимъ исключительно основаніемъ—мѣстомъ постояннаго жительства или временнаго пребыванія отвѣтчика (ст. 365[8]). Слѣдовательно, дѣла въ упрощенномъ порядкѣ производятся членомъ того суда, въ округѣ котораго отвѣтчикъ имѣетъ постоянное жительство или временное пребываніе. Если искъ можетъ быть предъявленъ въ упрощенномъ порядкѣ даже по мѣсту временнаго пребыванія отвѣтчика, за исключеніемъ кратковременной остановки его по случаю проѣзда (ср. ст. 206 уст. гражд. суд.), то несомнѣнно, что къ упрощенному порядку должно имѣть примѣненіе и правило, выраженное въ ст. 205 уст. гражд. суд., т. е., если отвѣтчикъ, по роду своихъ занятій или промысловъ, не живетъ постоянно въ одномъ мѣстѣ, но имѣетъ осѣдлость или обзаведеніе въ разныхъ мѣстахъ, то истцу предоставляется выбрать изъ числа сихъ мѣстъ то, гдѣ онъ можетъ застигнуть отвѣтчика (ст. 365[24]). Такимъ образомъ, домицилiумъ или мѣсто временнаго пребыванія отвѣтчика—это единственный критеріи для опредѣленія того, въ какомъ судѣ искъ долженъ быть предъявленъ. Другія же основанія подсудности, указанныя въ уставѣ: мѣсто исполненія договора или обязательства, мѣсто нахожденія имущества и др. къ упрощенному порядку не примѣняются.

Относительно мѣстностей, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, новый законъ, не отступая отъ общаго правила о единоличности судебной власти въ упрощенномъ порядкѣ и удерживая общее основаніе подсудности, даетъ нѣкоторыя болѣе подробныя указанія о подсудности дѣлъ, производящихся въ этомъ порядкѣ. По ст. 365[6]: а) когда искъ относится къ отвѣтчику, имѣющему пребываніе въ уѣздѣ, — дѣло подсудно мѣстному уѣздному члену окружнаго суда, которому и подаются исковыя просьбы; б) когда искъ относится къ отвѣтчику, имѣющему пребываніе въ городѣ, гдѣ находится окружный судъ,—дѣло подсудно одному изъ членовъ суда, назначаемыхъ постановленіемъ общаго собранія суда; в) когда искъ относится къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, имѣющимъ пребываніе

въ разныхъ частяхъ округа суда, то отъ усмотрѣнія истца зависитъ предъявить искъ одному изъ членовъ суда, которому подсуденъ какой-либо изъ отвѣтчиковъ. Замѣчу, что выраженіе: «имѣющему пребываніе» несовсѣмъ точно; слѣдовало бы сказать: «имѣющему постоянное жительство или временное пребываніе».

Само собою разумѣется, что въ случаѣ, предусмотрѣнномъ п. *в.* ст. 365^{4}, истецъ изберетъ то мѣсто, которое ему ближе, такъ что если изъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ одинъ живетъ постоянно или временно пребываетъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ живетъ истецъ, то онъ предъявитъ свой искъ въ томъ же мѣстѣ (ср. ст. 218 уст. гражд. суд.). При этомъ законъ не различаетъ постоянное мѣсто жительства и временное пребываніе того или другого изъ нѣсколькихъ отвѣтчиковъ, такъ что искъ, относящійся къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, изъ коихъ одни живутъ постоянно въ извѣстномъ мѣстѣ, а другіе имѣютъ только временное пребываніе въ извѣстномъ мѣстѣ, можетъ быть предъявленъ, по усмотрѣнію истца, по мѣсту временнаго пребыванія отвѣтчиковъ.

По своему *объекту* упрощенный порядокъ судопроизводства отличается отъ сокращеннаго тѣмъ, что въ послѣднемъ порядкѣ могутъ производится *всѣ* дѣла, если тяжущіеся на то согласятся, и судъ, съ своей стороны, не встрѣтитъ особыхъ къ тому препятствій (ст. 348) и, кромѣ того, въ этомъ порядкѣ, а не въ общемъ, обыкновенномъ, *должны* производиться дѣла, перечисленныя къ ст. 349 уст. гражд. суд.; въ упрощенномъ же порядкѣ *могутъ*, но не должны, производиться, по просьбѣ истца, дѣла по искамъ: 1) о платежѣ опредѣленной денежной суммы по векселямъ, закладнымъ, заемнымъ письмамъ и вообще письменнымъ обязательствамъ, а также о платежѣ наемныхъ денегъ по договорамъ найма недвижимаго имущества, если исполненіе обязательства не поставлено въ самомъ актѣ въ зависимость отъ такихъ условій, наступленіе коихъ должно быть предварительно доказано истцомъ, и 2) о сдачѣ, за истеченіемъ договорнаго срока, состоящаго въ наймѣ имущества (ст. 365^{1}). Такимъ образомъ, упрощенному порядку *могутъ* подлежать иски, имѣющіе предметомъ своимъ платежъ опредѣленной денежной суммы и сдачу состоящаго въ наймѣ имущества (эти иски чаще всего предъявляются въ судахъ). Требованія эти должны быть основаны на *письменныхъ* (но не словесныхъ) обязательствахъ и договорахъ, хотя бы они были составлены домашнимъ порядкомъ и нигдѣ не засвидѣтельствованы (ст. 365^{3}, 365^{1} и 365^{13} п. 1). Сюда, слѣдовательно, относятся всякаго рода долговыя обязательства, росписки и подписанные должникомъ

счеты въ суммахъ, слѣдующихъ за работу, услугу, забранныя издѣлія или товары и т. п. (ст. 2045 т. X ч. 1). Вещные иски не подлежатъ производству въ упрощенномъ порядкѣ, за исключеніемъ исковъ о сдачѣ нанятаго имущества за истеченіемъ срока найма. Не могутъ также производиться въ упрощенномъ порядкѣ иски объ убыткахъ. По смыслу ст. 365[1] для производства дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ не имѣетъ никакого значенія то юридическое отношеніе, изъ коего обязательство возникло. Важно лишь то, чтобы самое обязательство заключалось въ платежѣ, въ извѣстный срокъ или по востребованію, опредѣленной денежной суммы, причемъ исполненіе обязательства не должно быть обусловлено, *въ самомъ актѣ*, другими какими либо обстоятельствами, наступленіе которыхъ должно быть доказано, а исковое требованіе должно заключаться во взысканіи опредѣленной денежной суммы. Такъ напр., раздѣльные акты, мировыя сдѣлки, духовныя завѣщанія, утвержденныя къ исполненію, могутъ содержать въ себѣ, между прочимъ, обязанность наслѣдника или лица, участвующаго въ актѣ или въ сдѣлкѣ, уплатить другому лицу, въ опредѣленный срокъ, опредѣленную сумму. Очевидно, что такіе акты могутъ служить основаніемъ исковъ, подлежащихъ производству въ упрощенномъ порядкѣ. Законъ лишь въ видѣ примѣра упоминаетъ о векселяхъ, закладныхъ, заемныхъ письмахъ, какъ болѣе обычныхъ типахъ юридическихъ сдѣлокъ, но при этомъ присовокупляетъ «и вообще письменнымъ обязательствамъ». Законъ выдѣлилъ особо «платежъ наемныхъ денегъ по договорамъ найма недвижимаго имущества» потому вѣроятно, чтобы устранить всякое сомнѣніе по этого рода искамъ, основаннымъ на двустороннемъ договорѣ объ имуществѣ. Безъ особаго указанія можно было бы думать, что искъ о платежѣ наемныхъ денегъ не подлежитъ производству въ упрощенномъ порядкѣ, такъ какъ предварительно должно быть доказано, что наниматель пользовался имуществомъ. Само собою разумѣется, что наемныя деньги можно требовать въ упрощенномъ порядкѣ лишь тогда, когда въ договорѣ опредѣлены сроки платежей; въ противномъ случаѣ искъ въ этомъ порядкѣ возможенъ только по окончаніи срока договора найма Точно также выдѣлены особо иски о сдачѣ, за истеченіемъ срока, состоявшаго въ наймѣ имущества, потому собственно, что это составляетъ вещное (а не денежное) требованіе.

Изъ смысла ст. 365[1] уст. гражд. суд. слѣдуетъ далѣе, какъ мы уже упомянули, что если платежъ денегъ обусловленъ такими дѣйствіями со стороны управомоченнаго или должника, или третьяго лица

или, вообще, фактами, исполненіе или осуществленіе которыхъ не доказано или неизвѣстно, или даже не можетъ быть предположено, а должно быть предварительно удостовѣрено истцомъ (напр. исполненіе извѣстной работы, оказаніе услуги, доставленіе извѣстнаго предмета, наступленіе независящаго отъ воли сторонъ событія), то искъ не принимается къ производству въ упрощенномъ порядкѣ. Но эти условія должны быть выражены въ *томъ самомъ актѣ*, который положенъ въ основаніе иска; въ противномъ случаѣ, т. е. если объ нихъ постановлено въ другомъ актѣ, то это не служитъ препятствіемъ къ производству дѣла въ упрощенномъ порядкѣ, а можетъ быть только предметомъ возраженій со стороны отвѣтчика по существу дѣла. Если искъ имѣетъ предметомъ своимъ сдачу состоявшаго въ наймѣ имущества на томъ основаніи, что наниматель нарушилъ условія договора или не исполнилъ принятыхъ на себя, подъ опасеніемъ прекращенія договора, обязательствъ (а не *по случаю окончанія срока найма)*, то такой искъ не принимается къ разсмотрѣнію въ упрощенномъ порядкѣ. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что, согласно употребляемой въ гражданскихъ законахъ терминологіи, подъ выраженіемъ «наемъ недвижимаго имущества» разумѣется, какъ наемъ домовъ, зданій и другихъ строеній, такъ и аренду земель и угодій. Намъ неизвѣстно, почему упрощенный порядокъ допускается только относительно платежа наемныхъ денегъ и сдачи предмета найма по договорамъ о *недвижимомъ* имуществѣ. По нашему мнѣнію, подобныя требованія, возникающія изъ найма *движимаго* имущества, могли бы быть предъявляемы въ упрощенномъ порядкѣ по своей простотѣ и несложности. Но изъ выраженія: «и вообще письменнымъ обязательствамъ» можно, мнѣ кажется, заключить, что въ упрощенномъ порядкѣ можетъ производиться искъ о платежѣ денегъ за отданное въ наемъ *движимое* имущество, если въ основаніе такого требованія представлено выданное и подписанное нанимателемъ обязательство. Это будетъ согласно съ идеею и цѣлью новаго закона: упростить сложный процессуальный механизмъ и ускорить его движеніе для такихъ правоотношеній, которыя чаще всѣхъ другихъ встрѣчаются въ юридической и экономической жизни и разрѣшеніе которыхъ не требуетъ особыхъ усилій со стороны судьи.

Упрощенный порядокъ судопроизводства установленъ для окружныхъ судовъ, мировыхъ судей, гминныхъ судовъ и варшавскаго коммерческаго суда по дѣламъ, имъ подвѣдомственнымъ, и для коммерческихъ судовъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введены судебные уставы въ полномъ объемѣ, при производствѣ ими дѣлъ о взысканіи по векс-

лямъ на сумму свыше 500 р. (ст. 365^{24}, 80^{1}, 1510^{1}, 1645^{1} у. г. с. и ст. V закона 3 іюня 1891 г.).

Въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, дѣйствуютъ, какъ извѣстно, правила о понудительномъ исполненіи по актамъ (141 и послѣд. правилъ 29 декабря 1889 г.). Правила эти установлены лишь для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Отъ упрощеннаго порядка понудительное исполненіе отличается, главнымъ образомъ, тѣмъ, что оно, по самой природѣ своей, представляется особымъ *несудебнымъ* производствомъ, имѣющимъ цѣлью присвоить юридическому акту исполнительную силу. Это производство—безспорное; оно происходитъ безъ вызова должника и безъ выслушанія его объясненій и возраженій и разрѣшается резолюціею земскаго начальника или городского судьи на самомъ актѣ, подлежащемъ понудительному исполненію (ст. 149 правилъ 29 декабря 1889 г.). Понудительному исполненію подлежатъ лишь акты, совершенные или засвидѣтельствованные при участіи общественной власти (но не домашніе акты) и въ этомъ отношеніи оно отличается отъ упрощеннаго порядка (ст. 141 правилъ). Компетенція земскихъ начальниковъ и городскихъ судей относительно понудительнаго исполненія не можетъ простираться далѣе предѣловъ ихъ вѣдомства, установленныхъ статьями 20 и 21 правилъ (ст. 141 правилъ), такъ что если взыскиваемая по акту сумма или цѣна отыскиваемаго движимаго имущества превышаетъ норму подсудности, установленную для земскихъ начальниковъ и городскихъ судей, то понудительное исполненіе не допускается. Въ этомъ случаѣ, если цѣна иска превышаетъ 500 руб., истецъ можетъ обратиться къ упрощенному порядку судопроизводства въ окружномъ судѣ. Но въ этомъ порядкѣ могутъ производиться только дѣла, перечисленныя въ ст. 365^{1} уст. гражд. суд. (см. выше). Замѣчу, что обращеніе къ порядку понудительнаго исполненія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно допускается, не обязательно: лицо, имѣющее право требованія, можетъ обратиться къ судебному порядку. Въ послѣднемъ случаѣ, истецъ получаетъ вознагражденіе за веденіе дѣла только соразмѣрно суммѣ непризнанныхъ отвѣтчикомъ на судѣ, но присужденныхъ истцу требованій (ст. 160 правилъ) [1]).

Какъ упомянуто выше, упрощенному порядку не подлежатъ иски по актамъ, въ которыхъ исполненіе обязательства поставлено въ зависимость отъ такихъ условій, наступленіе коихъ должно быть пред-

---

[1]) См. ниже „Къ пересмотру судебныхъ уставовъ“.

варительно доказано истцомъ (ст. 365[1]). Ограниченіе это относится къ самому *содержанію* акта и имѣетъ цѣлью устранить отъ упрощеннаго порядка все то, что можетъ усложнять процессъ и замедлять его движеніе. Кромѣ того, новый законъ перечисляетъ рядъ *формальныхъ* причинъ, препятствующихъ производству дѣла въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[2]). Цѣль упрощеннаго порядка—ускорить движеніе процесса для обширной категоріи дѣлъ, чаще другихъ встрѣчающихся въ судебной практикѣ, освобождая эти дѣла отъ сложныхъ обрядовъ и болѣе продолжительныхъ процессуальныхъ сроковъ (см. ниже). Поэтому упрощенное судопроизводство не должно имѣть мѣста: 1) когда отвѣтчикъ находится за границею или мѣсто жительства его неизвѣстно (въ этихъ случаяхъ вызовъ отвѣтчика производится черезъ публикацію въ 4-хъ или 6-мѣсячный срокъ,—ст. 281 и 299 уст. гражд. суд.); 2) когда искъ относится къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, живущимъ въ округахъ разныхъ судовъ (ср. ст. 218 и 279 уст. гражд. суд.); 3) когда прошло пять лѣтъ со дня просрочки платежа по обязательству, а для исковъ о сдачѣ состоявшаго въ наймѣ имущества прошелъ годъ со дня истеченія срока найма (въ этихъ случаяхъ послѣ такого продолжительнаго молчанія истца и неосуществленія имъ своего права требованія, нѣтъ достаточнаго основанія къ упрощенію и ускоренію производства), и 4) когда искъ относится къ наслѣдникамъ лица, отъ имени котораго обязательство значится выданнымъ. Истецъ, въ этомъ случаѣ, обязанъ доказать универсальное преемство отвѣтчика, что́ потребуетъ болѣе или менѣе продолжительнаго времени для добыванія и представленія доказательствъ, а это не согласуется съ идеею упрощеннаго судопроизводства (см. мое «Судопроизводство» и пр. стр. 164 и 165). По смыслу ст. 365[2], упрощенный порядокъ не допускается и въ томъ случаѣ, когда искъ относится къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, изъ которыхъ хотя только одинъ находится за границею или мѣсто жительства его неизвѣстно, или же живетъ въ округѣ другого суда (ср. п. *в* ст. 365[4]), или же состоитъ наслѣдникомъ лица, выдавшаго обязательство. Внѣ случаевъ, перечисленныхъ въ ст. 365[2], иски, указанные въ ст. 365[1], могутъ подлежать производству въ упрощенномъ порядкѣ. Онъ поэтому примѣнимъ и къ искамъ: а) противъ срочнаго поручителя, если поручительство дано на самомъ актѣ при совершеніи или явкѣ его къ засвидѣтельствованію или впослѣдствіи изложено на самомъ актѣ, и если притомъ искъ предъявленъ не позднѣе мѣсяца по наступленіи срока обязательству (ст. 1560 т. X ч. 1); б) противъ лица, къ которому перешло право пользованія имуществомъ по договору найма,

если такой переходъ удостовѣряется надписью на договорѣ или особымъ актомъ, и в) противъ надписателя по протестованнымъ векселямъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ допускается, по формальнымъ актамъ, и понудительное исполненіе.

Равнымъ образомъ, по отсутствію въ новомъ законѣ какихъ либо ограниченій, можетъ обращаться къ упрощенному порядку не только лицо, на имя котораго актъ выданъ, но и: а) лицо, которому актъ переданъ по надписи на самомъ обязательствѣ или особымъ актомъ; б) наслѣдники означенныхъ лицъ, если наслѣдственныя ихъ права удостовѣряются духовнымъ завѣщаніемъ, утвержденнымъ къ исполненію или судебнымъ постановленіемъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства; в) поручитель, уплатившій за должника, если платежъ удостовѣренъ надписью на актѣ или отдѣльною роспискою; г) векселедержатель (ст. 24 уст. о векс.), и д) по договорамъ найма—лицо, къ которому имущество перешло по праву наслѣдованія или по другому законному основанію, надлежащимъ образомъ удостовѣренному. Если во всѣхъ этихъ случаяхъ допускается, по формальнымъ актамъ, понудительное исполненіе, то нѣтъ основанія не примѣнять къ нимъ исковаго упрощеннаго порядка судопроизводства (см. ст. 144 и 145 правилъ 29 декабря 1889 г. и мои объясненія въ «Судопроизводствѣ и пр.» стр. 163—165).

II.

Порядокъ производства дѣлъ въ упрощенномъ процессѣ и его особенности.

Исковое прошеніе, подлежащее производству въ упрощенномъ порядкѣ, подается или присылается по почтѣ, лично или черезъ повѣреннаго въ окружный судъ или мѣстному уѣздному члену суда, смотря по тому, живетъ ли отвѣтчикъ въ городѣ, гдѣ находится судъ, или же въ уѣздѣ. Самое же прошеніе должно быть написано на имя окружнаго суда, члену котораго подлежитъ производство и разрѣшеніе дѣла (ст. 365^4 — 365^6). Въ исковомъ прошеніи, въ коемъ должны быть означены тѣ же свѣдѣнія, которыя требуются отъ исковыхъ прошеній вообще (ст. 257 уст. гражд. суд.), истецъ обязанъ просить о производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ. Если такой просьбы не заявлено, то дѣло подлежитъ производству въ общемъ (т. е. неупрощенномъ) порядкѣ. При исковомъ прошеніи должно быть представлено въ *подлинникѣ* (а не въ копіи или выпискѣ, допускаемой

въ сокращенномъ и общемъ порядкѣ,—ст. 263 п. 1 и ст. 264 пп. 2 и 3 уст. гражд. суд.) обязательство или договоръ, на которыхъ искъ основанъ (ст. 365^{4}). Это требованіе оправдывается природою упрощеннаго судопроизводства: копія или выписка акта можетъ возбуждать сомнѣнія и споры относительно достовѣрности или подлинности акта, служить поводомъ къ отсрочкѣ засѣданія и къ повѣркѣ доказательствъ. Въ виду категорическаго требованія закона слѣдуетъ заключить, что непредставленіе въ подлинникѣ акта, служащаго основаніемъ иска, или представленіе его въ копіи, влечетъ за собою отказъ въ принятіи просьбы къ производству въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365^{7} и 365^{19} п. 1). Членъ или уѣздный членъ суда оставляетъ исковое прошеніе безъ движенія и возвращаетъ его по такимъ же основаніямъ, какъ и окружный судъ, руководствуясь ст. 269, 270 и 266 уст. гражд. суд. Это подтверждается, *во первыхъ*, 1 п. ст. 365^{19}, по которому могутъ быть приносимы жалобы, между прочимъ, на опредѣленіе о *возвращеніи* просьбы, причемъ сдѣлана ссылка на ст. 266 уст. гражд. суд.; *во вторыхъ*, ст. 365^{24}, согласно которой въ случаяхъ, для которыхъ въ упрощенномъ порядкѣ не установлено особыхъ изъятій, примѣняются общія правила.

Членъ суда, усмотрѣвъ изъ содержанія исковаго прошенія и изъ приложеній, что дѣло не подлежитъ производству въ упрощенномъ порядкѣ по предмету иска или по причинамъ, перечисленнымъ въ ст. 365^{2}, или же по мѣстужительства или временнаго пребыванія отвѣтчика, или что дѣло вообще неподсудно окружному суду по цѣнѣ иска, постановляетъ опредѣленіе объ отказѣ въ принятіи исковой просьбы къ производству въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365^{19}). Въ этомъ случаѣ исковое прошеніе можетъ быть обращено, по просьбѣ истца, къ общему (неупрощенному) порядку, если оно вообще подвѣдомственно окружному суду. Замѣчу, что и въ случаѣ возвращенія просьбы, членъ суда постановляетъ опредѣленіе (ibid.). Когда членъ суда найдетъ, что дѣло подлежитъ производству въ упрощенномъ порядкѣ, то онъ вызываетъ отвѣтчика *къ разбору дѣла* и на самый краткій срокъ, но такъ, чтобы между врученіемъ повѣстки и днемъ разбора прошло *не менѣе сутокъ* сверхъ поверстнаго срока, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ срокъ явки можетъ быть назначенъ отвѣтчику къ опредѣленному часу дня врученія повѣстки (ст. 365^{7}). Такимъ образомъ, день явки совпадаетъ со днемъ разбирательства дѣла, а не предшествуетъ ему. При назначеніи этого дня членъ суда принимаетъ въ соображеніе время, необходимое для доставленія повѣстки о вызовѣ, и если отвѣтчикъ живетъ въ уѣздѣ, то и разстояніе его мѣ-

стожительства отъ города, гдѣ находится членъ суда. Поверстный срокъ полагается: по обыкновеннымъ дорогамъ 50, а по линіямъ желѣзныхъ дорогъ—по 300 верстъ въ сутки (ст. 300 уст. гражд. суд.). Вызывается къ разбору дѣла только отвѣтчикъ: ему посылается повѣстка. Истецъ же извѣщается о времени, назначенномъ для явки отвѣтчика, только въ случаѣ его просьбы о томъ (ст. 365^{8}). Само собою разумѣется, что истецъ обязанъ представить деньги, необходимыя для вызова отвѣтчика, безъ чего прошеніе оставляется безъ движенія (ст. 269 п. 5 и 365^{24} уст. гражд. суд.). Повѣстка о вызовѣ, съ копіями исковаго прошенія и приложеній, доставляется отвѣтчику порядкомъ, указаннымъ въ ст. 277, 278, 282—287 уст. гражд. суд. Какъ въ сокращенномъ (ст. 353 уст. гражд. суд. по новой редакціи), такъ и въ упрощенномъ порядкѣ, отвѣтчикъ долженъ представить всѣ документы въ подтвержденіе своихъ возраженій и объясненій не позже дня засѣданія. Этотъ день составляетъ также крайній моментъ для заявленія отвѣтчикомъ всякаго рода споровъ, отводовъ и возраженій, и только споръ о подлогѣ акта можетъ быть заявленъ во всякомъ положеніи дѣла (ст. 365^{10}). Одна изъ особенностей упрощеннаго порядка заключается въ томъ, что неявка обѣихъ сторонъ или одной изъ нихъ въ засѣданіе не останавливаетъ производства и рѣшенія дѣла (ст. 365^{9}), но для этого необходимо, чтобы отвѣтчику была доставлена повѣстка о вызовѣ. По общему правилу и согласно цѣли упрощеннаго порядка, дѣло должно быть разрѣшено въ томъ же засѣданіи, которое назначено для разбирательства (ст. 365^{11}). Въ этомъ же засѣданіи разрѣшаются и всѣ частные вопросы, изъ дѣла возникающіе и возбуждаемые тою или другою стороною (ст. 365^{10}). Если частный вопросъ такого свойства, что съ его разрѣшеніемъ оканчивается самое производство дѣла (напр. по отводу о подсудности, о неимѣніи повѣреннымъ полномочія, о неимѣніи истцомъ права искать и отвѣчать на судѣ и проч., въ случаѣ признанія отвода уважительнымъ), то постановляется частное опредѣленіе и уже не можетъ быть рѣчи о разрѣшеніи дѣла по существу. Дѣло считается оконченнымъ въ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства. Отсрочка засѣданія допускается не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ; по требованію же одного истца—лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ въ опроверженіе иска представитъ въ засѣданіи документы; въ этомъ случаѣ сторонамъ предоставляется представить новые документы къ сроку, вновь назначенному для разбирательства (ст. 365^{11}). Это составляетъ исключеніе изъ общаго правила, въ силу котораго всѣ документы должны быть представлены: истцомъ—при подачѣ исковаго

прошенія, отвѣтчикомъ—въ день засѣданія. По требованію одного отвѣтчика отсрочка допускается въ одномъ случаѣ, а именно—когда въ повѣсткѣ о вызовѣ не было означено, что искъ предъявленъ въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[8]), хотя, въ сущности, о порядкѣ производства дѣла отвѣтчикъ можетъ узнать изъ копіи исковаго прошенія, которое должно заключать въ себѣ ходатайство о производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[4]). Такимъ образомъ, отсрочка допускается только по инициативѣ сторонъ, а не члена суда; онъ, поэтому, не вправѣ отсрочить производство по основаніямъ, указаннымъ въ ст. 362 и 368 уст. гражд. суд. (ст. 365[12]). Упрощенное производство не можетъ быть осложняемо ни предъявленіемъ встрѣчнаго иска, ни привлеченіемъ къ дѣлу или вступленіемъ въ оное третьяго лица (ibid). Точно также новый законъ не допускаетъ пріостановленія производства по причинамъ, указаннымъ въ ст. 8 и 681 уст. гражд. суд. Въ этомъ случаѣ членъ суда прекращаетъ производство дѣла въ упрощенномъ порядкѣ и передаетъ его въ окружный судъ для дальнѣйшаго направленія въ общемъ судебномъ порядкѣ (ст. 365[14]). И такъ, по общему правилу, дѣло разрѣшается въ томъ же засѣданіи, которое назначено для разбирательства, хотя бы въ отсутствіи обѣихъ сторонъ, по тѣмъ доказательствамъ, которыя имѣются въ дѣлѣ, и участіе третьихъ лицъ въ упрощенномъ процессѣ не допускается. *Вторая* отличительная черта упрощеннаго порядка (первая черта—единоличность суда) заключается въ томъ, что дѣло разрѣшается только на основаніи *письменныхъ* доказательствъ, представленныхъ сторонами, и признанія (ст. 365[12]). Всѣ же другіе способы доказыванія не допускаются. Этимъ значительно упрощается и ускоряется производство. Какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ обязаны удостовѣрить свои требованія и возраженія только письменными доказательствами, причемъ форма акта не имѣетъ никакого значенія: къ этимъ доказательствамъ относятся не только акты крѣпостные, нотаріальные и домашніе, но и другія бумаги (ст. 438 уст. гражд. суд.). Что же касается признанія, какъ судебнаго доказательства, то оно должно быть учинено *при производствѣ дѣла*, т. е. въ самомъ засѣданіи или въ поданныхъ состязательныхъ бумагахъ (ст. 365[12]). Отсюда видно, что внѣсудебное признаніе не имѣетъ значенія доказательства въ упрощенномъ процесѣ.

Какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ можетъ заявить сомнѣніе въ подлинности акта или споръ о подлогѣ его. То и другое должно быть направлено противъ акта, существеннаго для рѣшенія дѣла (ст. 110, 541 и 365[14]); въ противномъ случаѣ, заявленіе сомнѣнія или спора

не имѣетъ никакого вліянія на производство дѣла. Сомнѣніе въ подлинности можетъ быть заявлено не позже перваго засѣданія, назначеннаго для разбора дѣла; споръ же о подлогѣ можетъ быть заявленъ во всякомъ положеніи дѣла (ст. 365^{10}), но только, по моему мнѣнію, до постановленія рѣшенія, на томъ основаніи, что въ случаѣ заявленія спора о подлогѣ, членъ суда *прекращаетъ* производство дѣла въ упрощенномъ порядкѣ и передаетъ его въ окружный судъ для дальнѣйшаго направленія въ общемъ судебномъ порядкѣ (ст. 365^{11}); съ постановленіемъ же рѣшенія производство совершенно оканчивается, такъ какъ рѣшеніе не подлежитъ обжалованію и приводится немедленно въ исполненіе (ст. 365^{18} и 365^{20}), слѣдовательно, уже не можетъ быть рѣчи о прекращеніи уже оконченнаго производства. Кромѣ того, было бы несправедливо по одному лишь заявленію спора о подлогѣ обращать дѣло къ общему судебному порядку, несмотря на то, что уже состоялось рѣшеніе. Стороны въ этомъ случаѣ, если желаютъ заявить споръ о подлогѣ, могутъ просить о обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ, на основаніи ст. 365^{20}.

Члену суда, производящему дѣло въ упрощенномъ порядкѣ, не предоставлена повѣрка акта, противъ котораго заявлено сомнѣніе въ подлинности или споръ о подлогѣ: онъ не входитъ въ разсмотрѣніе основательности такого заявленія, а постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи производства въ упрощенномъ порядкѣ и передаетъ дѣло въ окружный судъ (ст. 365^{14}). Такое же прекращеніе дѣла имѣетъ мѣсто при наличности одной изъ причинъ пріостановленія производства (ibid.). *Прекращеніе* производства въ упрощенномъ порядкѣ возможно, какъ мы уже упомянули, лишь до рѣшенія дѣла, такъ какъ съ постановленіемъ рѣшенія производство дѣла оканчивается. По смыслу закона, обращеніе дѣла къ производству въ общемъ судебномъ порядкѣ возможно, какъ до рѣшенія дѣла, такъ и послѣ рѣшенія его въ упрощенномъ порядкѣ. По ст. 365^{15}, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ могутъ во всякомъ положеніи дѣла, *но до рѣшенія его въ упрощенномъ порядкѣ*, просить объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ. Такъ какъ упрощенный процессъ возникаетъ по почину истца и въ его интересахъ, то онъ можетъ во всякое время отказаться отъ упрощеннаго порядка и обратить дѣло къ производству въ общемъ порядкѣ. Членъ суда не вправѣ отказать ему въ этомъ: онъ передаетъ дѣло въ окружный судъ для дальнѣйшаго направленія. На это указываетъ самая редакція первой части статьи 365^{15} («истецъ имѣетъ право . . . . . обратить оное (дѣло) къ производству въ общемъ порядкѣ»). Права же отвѣтчика по этому предмету огра-

ничены. Онъ можетъ *просить* объ обращеніи дѣла къ общему порядку: 1) когда требованіе истца основано на домашнемъ обязательствѣ, за исключеніемъ векселя, и 2) въ остальныхъ, кромѣ указаннаго, случаяхъ (т. е. по всѣмъ обязательствамъ, какъ домашнимъ, такъ и формальнымъ), когда со дня просрочки платежа по обязательству . . . . : прошло болѣе года. Но эти условія сами по себѣ, недостаточны для ходатайства объ обращеніи дѣла къ общему порядку: отвѣтчикъ обязанъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, указать такія, недопускаемыя въ упрощенномъ порядкѣ, доказательства (напр. ссылка на свидѣтелей), которыя могутъ имѣть существенное вліяніе на рѣшеніе дѣла (ст. 365^{18}); однако и при наличности всѣхъ этихъ условій членъ суда можетъ оставить просьбу отвѣтчика безъ удовлетворенія, и постановленіе его по сему предмету не подлежитъ обжалованію (ibid). Такое ограниченіе права отвѣтчика обращать дѣло къ производству въ общемъ порядкѣ имѣетъ цѣлью лишить отвѣтчика возможности по произволу уклоняться отъ исполненія обязательства и затягивать производство дѣла. Слѣдуетъ замѣтить, что хотя ст. 365^{15} говоритъ, повидимому, лишь о долговыхъ обязательствахъ, но нѣтъ, мнѣ кажется, основанія не примѣнять выраженнаго въ ней правила и къ договорамъ найма относительно платежа наемныхъ денегъ, который, въ сущности, составляетъ личное обязательство нанимателя передъ собственникомъ имущества. Если по дѣлу *уже послѣдовало рѣшеніе* въ упрощенномъ порядкѣ, то, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ имѣютъ право просить объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ (ст. 365^{20}). Никакихъ особыхъ условій для такого ходатайства законъ не установляетъ: нужно только, чтобы просьба по сему предмету принесена была не позже *одного мѣсяца* со дня объявленія рѣшенія, а оно считается объявленнымъ въ день провозглашенія резолюціи (тамъ же и ст. 365^{17}). Просьбы эти приносятся и подаются члену суда, постановившему рѣшеніе, и онъ обязанъ передать все производство въ окружный судъ (ст. 365^{21}). Такимъ образомъ, когда уже постановлено рѣшеніе, право отвѣтчика просить объ обращеніи дѣла къ общему порядку ничѣмъ не ограничено (въ отличіе отъ просьбы его по тому же предмету до постановленія рѣшенія), такъ какъ права истца уже достаточно ограждены постановленнымъ рѣшеніемъ и полученіемъ исполнительнаго листа (ст. 365^{18}). Просьба объ обращеніи дѣла къ общему порядку, поданная послѣ рѣшенія дѣла въ упрощенномъ порядкѣ, оплачивается судебною пошлиною вдвое меньше противъ общеустановленнаго размѣра (т. е. ¼%), въ отличіе отъ такихъ же просьбъ, поданныхъ до рѣшенія дѣла: съ нихъ

судебная пошлина не взимается (ст. 365[20]). Въ случаѣ невнесенія пошлинъ просьба оставляется безъ движенія, примѣняясь къ 269 и 270 ст. уст. гражд. суд. И такъ, обращеніе дѣла къ производству въ общемъ судебномъ порядкѣ можетъ имѣть мѣсто въ четырехъ случаяхъ, а именно: а) когда заявлено сомнѣніе въ подлинности или споръ о подлогѣ акта; б) когда представляется необходимымъ пріостановить производство по причинамъ, указаннымъ въ ст. 8 и 681 уст. гражд. суд.; в) когда истецъ или отвѣтчикъ (послѣдній при наличности указанныхъ въ законѣ условій) проситъ объ обращеніи дѣла къ общему порядку; г) когда просьба о томъ заявлена *послѣ* рѣшенія дѣла (первые три случая имѣютъ мѣсто во время производства дѣла *до* постановленія рѣшенія и членъ суда постановляетъ опредѣленіе *о прекращеніи* производства въ упрощенномъ порядкѣ и обращеніи дѣла къ общему судебному порядку; въ четвертомъ случаѣ членъ суда постановляетъ лишь опредѣленіе объ обращеніи дѣла къ общему порядку, такъ какъ уже состоялось рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, которое подлежитъ исполненію (ст. 365[18] и 365[23]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣло считается уже возникшимъ и искъ предъявленнымъ ранѣе у члена суда: подача новаго исковаго прошенія не требуется и дѣло получаетъ дальнѣйшее движеніе въ общемъ (т. е. неупрощенномъ) судебномъ порядкѣ, начиная съ вызова тяжущихся (ст. 365[26]). Если по дѣлу уже постановлено рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, то обращеніе дѣла къ общему порядку само по себѣ не уничтожаетъ и не отмѣняетъ рѣшенія; оно приводится въ исполненіе до тѣхъ поръ, пока не будетъ пріостановлено окружнымъ судомъ по просьбѣ отвѣтчика или пока не будетъ постановлено новое рѣшеніе, измѣняющее или отмѣняющее первое рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[23]). Законъ предоставляетъ также отвѣтчику, обвиненному рѣшеніемъ, постановленнымъ въ упрощенномъ порядкѣ, предъявить искъ объ освобожденіи его отъ отвѣтственности по присужденному требованію или объ обратномъ взысканіи уплаченной суммы (ст. 365[22]). Такой искъ допускается при наличности *двухъ* условій: а) если рѣшеніе состоялось въ отсутствіи отвѣтчика, и б) если онъ пропустилъ срокъ (мѣсячный) на принесеніе просьбы объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ (ibid). Но искъ этотъ ограниченъ *годовымъ* срокомъ со дня врученія отвѣтчику первой повѣстки объ исполненіи (ibid). По смыслу ст. 375[22] истцу, которому въ упрощенномъ порядкѣ отказано въ искѣ, право предъявленія иска въ общемъ порядкѣ не предоставлено, хотя бы рѣшеніе постановлено было въ его отсутствіе и онъ пропустилъ срокъ на принесеніе просьбы объ обращеніи

дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ. Такое ограниченіе можно объяснить развѣ лишь тѣмъ, что истецъ избравъ по своему желанію, упрощенный порядокъ, будетъ въ своихъ интересахъ зорко слѣдить за исходомъ дѣла и въ громаднѣйшемъ большинствѣ случаевъ не будетъ пропускать срокъ на принесеніе просьбы объ обращеніи дѣла къ общему судебному порядку.

Ст. 365[22] указываетъ тотъ окружный судъ,, въ которомъ можетъ быть предъявленъ отвѣтчикомъ искъ: если рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ, *уже приведено въ исполненіе*, то искъ въ теченіе первыхъ трехъ мѣсяцевъ со дня врученія отвѣтчику первой повѣстки объ исполненіи можетъ быть предъявленъ въ томъ же судѣ, членомъ котораго присуждено взысканіе въ упрощенномъ порядкѣ; послѣ же истеченія трехъ мѣсяцевъ искъ предъявляется, по общему правилу, тому суду, въ округѣ коего лицо, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, имѣетъ постоянное жительство (ст. 203 уст. гражд. суд.). Если же исполненіе рѣшенія еще продолжается, то искъ въ теченіе первыхъ трехъ мѣсяцевъ и позже можетъ быть предъявленъ и въ томъ судѣ, въ округѣ коего рѣшеніе исполняется. Въ первомъ случаѣ повѣстка о вызовѣ доставляется лицу, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, по указанному имъ ранѣе мѣсту жительства (разумѣется—при неуказаніи новаго его адреса). Если же искъ предъявленъ по мѣсту исполненія рѣшенія, то истецъ обязанъ указать мѣсто жительства или пребыванія отвѣтчика.

Мы уже указывали, что правила объ упрощенномъ порядкѣ распространены также на мировыхъ судей (но не на земскихъ начальниковъ и городскихъ судей), которымъ подлежитъ производство дѣлъ въ упрощенномъ порядкѣ, если цѣна иска не превышаетъ 500 руб. (ст. 80[1] и 29 п. 1 уст. гражд. суд.). Если же цѣна иска превышаетъ 500 р., то онъ производится въ упрощенномъ порядкѣ членомъ окружнаго суда. Упрощенный порядокъ у мироваго судьи не допускается, когда искъ относится къ нѣсколькимъ отвѣтчикамъ, живущимъ въ разныхъ мировыхъ округахъ (п. 1. ст. 80[1]). Случаи обращенія дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ и предъявленія отвѣтчикомъ иска здѣсь тѣ же, какъ у члена окружного суда: мировой судья руководствуется всѣми правилами упрощеннаго судопроизводства (см. выше). Но между производствомъ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ у члена суда и у мироваго судьи разница та, что послѣдній постановляетъ о прекращеніи дѣла въ упрощенномъ порядкѣ и объ обращеніи его къ производству въ общемъ порядкѣ, *но не передаетъ въ окруж-*

жный судъ, ибо дѣло подсудно ему же, мировому судьѣ. Это подтверждается 3 п. ст. 80[1], предусматривающимъ случаи обращенія къ общему порядку (до рѣшенія) *по просьбѣ истца или отвѣтчика.* По 3 п. ст. 80[1], когда дѣло, на основаніи ст. 365[13] и 365[20] обращено къ производству въ общемъ порядкѣ, мировой судья при наличности сторонъ, немедленно приступаетъ къ разсмотрѣнію и повѣркѣ доказательствъ въ этомъ порядкѣ, а при отсутствіи которой либо изъ сторонъ вызываетъ ихъ для сего къ ближайшему засѣданію. Такой же порядокъ соблюдается и въ случаѣ обращенія дѣла къ общему порядку *самимъ судьею*, по основаніямъ, указаннымъ въ ст. 365[14]: дѣло получаетъ дальнѣйшее направленіе въ общемъ порядкѣ *у мироваго же судьи*, причемъ въ случаѣ заявленія спора о подлогѣ соблюдается ст. 110 уст. гражд. суд., т. е. дѣло передается черезъ прокурора въ судъ для разсмотрѣнія вопроса о подлогѣ. Мировому судьѣ подлежатъ также иски отвѣтчика, предъявленные на основаніи ст. 365[22] послѣ постановленія мировымъ судьею рѣшенія въ упрощенномъ порядкѣ (п. 4 ст. 80[1]).

Когда дѣло обращено къ производству въ общемъ судебномъ порядкѣ, а также, когда предъявленъ искъ на основаніи ст. 365[22], то всѣ опредѣленія и самое рѣшеніе, постановленныя въ упрощенномъ порядкѣ, необязательны при новомъ разсмотрѣніи дѣла (ст. 80[1] п. 4). Хотя законъ говоритъ о необязательности рѣшеній только для *мироваго судьи*, но это правило должно имѣть примѣненіе и къ окружному суду, разсматривающему дѣло въ общемъ порядкѣ, такъ какъ цѣль этого порядка суда и тамъ и здѣсь одна и та же: перевершеніе дѣла и новое регулированіе процессуальнаго отношенія. Такимъ образомъ, при новомъ разсмотрѣніи дѣла, обращеннаго къ общему порядку, а также при разсмотрѣніи иска, предъявленнаго на основаніи 365[22] ст. уст. гражд. суд., можетъ быть постановлено рѣшеніе, противоположное первому рѣшенію, отмѣняющее или измѣняющее его; но до тѣхъ поръ, пока новое рѣшеніе не постановлено, рѣшеніе, состоявшееся въ упрощенномъ порядкѣ, сохраняетъ свою силу и подлежитъ исполненію. Поэтому законъ предоставляетъ отвѣтчику, противъ котораго постановлено рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, при самомъ принесеніи просьбы объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ или при предъявленіи иска на основаніи ст. 365[22], просить о пріостановленіи исполненія (ст. 365[23]). Просьба о пріостановленіи исполненія рѣшенія приносится окружному суду или мировому судьѣ, смотря по тому, кому изъ нихъ подлежитъ разсмотрѣніе дѣла въ общемъ порядкѣ, и она разрѣшается немедленно по прави-

ламъ объ обезпеченіи исковъ (ст. 365^{22}). Само собою разумѣется, что исполненіе рѣшенія будетъ пріостановлено въ томъ лишь случаѣ, когда окружный судъ или мировой судья усмотритъ, по обстоятельствамъ дѣла и по представленнымъ доказательствамъ, что рѣшеніе постановлено въ упрощенномъ порядкѣ неправильно, что оно будетъ измѣнено или отмѣнено новымъ рѣшеніемъ; иначе отвѣтчикъ найдетъ всегда для себя выгоднымъ обращать дѣло къ производству въ общемъ порядкѣ или предъявить искъ, для того, чтобы парализовать рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ, и остановить его исполненіе.

Возвращаясь къ дальнѣйшему изложенію порядка производства дѣла въ упрощенномъ процессѣ, введенномъ закономъ 3 іюня 1891 г., слѣдуетъ отмѣтить *третью* его особенность, заключающуюся въ томъ, что рѣшеніе, состоявшееся въ отсутствіи отвѣтчика, не почитается заочнымъ (ст. 365^{16}). Слѣдовательно, копія или выписка рѣшенія не сообщается отвѣтчику и отзыва на рѣшеніе не допускается. Вообще неявка сторонъ въ засѣданіе не препятствуетъ производству и рѣшенію дѣла (ст. 365^{9}). Рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ, не подлежитъ обжалованію ни въ апелляціонномъ, ни въ кассаціонномъ порядкѣ и это составляетъ *четвертую* особенность упрощеннаго процесса (ст. 365^{20}). Рѣшеніе, поэтому, подлежитъ немедленному исполненію и истцу, по его просьбѣ, выдается исполнительный листъ (ст. 365^{18}). Это весьма важная прерогатива истца, приближающая упрощенный процессъ къ порядку понудительнаго исполненія. Единственнымъ коррективомъ рѣшенія, постановленнаго въ упрощенномъ порядкѣ, служитъ, какъ мы уже указывали, обращеніе дѣла, по просьбѣ истца или отвѣтчика, къ производству въ общемъ порядкѣ (ст. 365^{20}). Но въ этомъ случаѣ право истца ограниченнѣе права отвѣтчика: послѣдній имѣетъ еще право самостоятельнаго иска на основаніи ст. 365^{22}. Со дня провозглашенія резолюціи рѣшеніе считается объявленнымъ (въ отличіе отъ неупрощеннаго порядка, гдѣ рѣшенія и опредѣленія считаются объявленными въ день, назначенный тяжущимся, на основаніи ст. 704, для прочтенія рѣшенія или опредѣленія—ст. 714 уст. гражд. суд.); съ этого дня считается мѣсячный срокъ на подачу просьбы объ обращеніи дѣла къ общему порядку (ст. 365^{20}), и въ этотъ же день можетъ быть приступлено къ исполненію рѣшенія (ст. 365^{18}). По моему мнѣнію, въ одномъ и томъ же судебномъ актѣ могутъ быть соединены сущность рѣшенія (т. е. резолюція) и мотивы (т. е. соображенія). Это подтверждается постановленіемъ закона, что оно

(рѣшеніе) должно быть изложено въ окончательной формѣ немедленно (ст. 365[17]). Въ рѣшеніи означается, что оно состоялось въ упрощенномъ порядкѣ (ibid.). Все вышеизложенное показываетъ, что упрощенный процессъ по мысли законодателя долженъ отличаться простотою и быстротою производства; оно состоитъ изъ трехъ моментовъ: предъявленія иска, засѣданія и постановленія рѣшенія въ томъ же засѣданіи. Отсрочка разбирательства, какъ мы уже видѣли, допускается, по общему правилу, не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ и въ единичныхъ лишь случаяхъ—по требованію истца или отвѣтчика; по усмотрѣнію же члена суда отсрочка не допускается; въ этомъ отношеніи упрощенный процессъ отличается отъ сокращеннаго, гдѣ отсрочка допускается по просьбѣ одной изъ сторонъ или же по усмотрѣнію предсѣдательствующаго и суда (ст. 354, 356, 362 и 368 уст. гражд. суд.).

Рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ судопроизводства, приводится въ исполненіе по общимъ правиламъ. Нѣкоторое отступленіе отъ сихъ послѣднихъ допускается въ одномъ только случаѣ, а именно—когда должникъ не получилъ лично повѣстки о вызовѣ къ суду и не являлся къ разбору дѣла лично или чрезъ повѣреннаго (т. е. требуется наличность двухъ условій). Въ этомъ случаѣ описанное или арестованное движимое имущество не подвергается продажѣ до истеченія двухъ недѣль со дня врученія должнику первой повѣстки объ исполненіи, а взысканныя денежныя суммы, до истеченія этого срока, передаются взыскателю не иначе, какъ подъ обезпеченіе (ст. 924[2]). Подобное правило содержится въ ст. 924[1] уст. гражд. суд. относительно перваго заочнаго рѣшенія, обращеннаго къ предварительному исполненію на основаніи 1 п. 737[1] ст. уст. гражд. суд., съ тою однако разницею, что сроки для передачи взысканныхъ денегъ или для продажи имущества назначены болѣе продолжительные (мѣсяцъ и шесть недѣль). Ст. 924[2] не обнимаетъ всѣхъ дѣлъ, подлежащихъ производству въ упрощенномъ порядкѣ: она не примѣняется къ исполненію рѣшенія по искамъ о сдачѣ состоявшаго въ наймѣ имущества (ст. 365[1] п. 2). Хотя рѣшенія, постановленныя въ упрощенномъ порядкѣ, суть окончательныя и не подлежатъ обжалованію, но они могутъ быть измѣнены или отмѣнены послѣдующимъ рѣшеніемъ, если дѣло будетъ обращено къ производству въ общемъ порядкѣ. Поэтому законъ хотѣлъ предотвратить вредъ, который можетъ произойти для неявившагося отвѣтчика отъ слишкомъ скораго исполненія рѣшенія, и назначилъ опредѣленный срокъ (двѣ недѣли), въ теченіе котораго имущество не можетъ быть

продано и взысканныя деньги не могутъ быть переданы взыскателю. Отъ передачи же нанятаго имущества собственнику не можетъ послѣдовать для нанимателя непоправимаго ущерба, такъ какъ имущество, въ случаѣ разрѣшенія дѣла въ общемъ порядкѣ въ пользу нанимателя, опять можетъ быть ему возвращено. Не допуская обжалованія рѣшеній, постановленныхъ въ упрощенномъ порядкѣ, законъ допускаетъ однако принесеніе частныхъ жалобъ на нѣкоторыя частныя опредѣленія, а именно: о возвращеніи просьбы (т. е. исковаго прошенія) или объ отказѣ въ принятіи ея къ производству въ упрощенномъ порядкѣ, о пріостановленіи, прекращеніи производства или объ отсрочкѣ разбирательства, по предмету обезпеченія иска и о непринятіи жалобы (ст. 365^{19}). Отсюда, мнѣ кажется, слѣдуетъ: 1) что по всѣмъ этимъ предметамъ членъ суда постановляетъ опредѣленіе, которое, конечно, должно заключать въ себѣ означеніе дѣла, по коему оно состоялось, соображенія и резолюцію (ст. 712 уст. гражд. суд.) и считается объявленнымъ въ день провозглашенія резолюціи (ст. 365^{17}); 2) что жалобы не допускаются на опредѣленія по отводамъ, между прочимъ и по отводу о подсудности, въ отличіе отъ общаго (неупрощеннаго) порядка, гдѣ жалобы по этому предмету допускаются (ст. 586 и 587 уст. гражд, суд.). Точно также не допускаются жалобы на опредѣленіе объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ, судебномъ порядкѣ, какъ до, такъ и послѣ рѣшенія въ упрощеномъ порядкѣ. Только въ случаѣ прекращенія дѣла вслѣдствіе заявленія сомнѣнія въ подлинности или спора о подлогѣ или по причинамъ, указаннымъ въ ст. 8 и 681 уст. гражд. суд., можетъ быть принесена жалоба (п. 2 ст. 365^{19}). Если же дѣло прекращено и обращено къ общему порядку по ходатайству отвѣтчика, жалоба не допускается на основаніи 365^{15} ст. (вообще на постановленіе по этому предмету жалоба не допускается); ходатайство же истца объ обращеніи дѣла къ общему порядку подлежитъ удовлетворенію *безусловно* (ibid), и жалоба по этому предмету не должна имѣть мѣста. Замѣчу, что выраженіе «о пріостановленіи» (ст. 365^{19} п. 2) неточно, такъ какъ членъ суда постановляетъ опредѣленіе не о пріостановленіи, а о прекращеніи производства (ст. 365^{14}).

Всѣ частныя жалобы подаются члену суда, постановившему обжалуемое опредѣленіе, въ семидневный срокъ со дня объявленія опредѣленія, кромѣ жалобы на отказъ въ принятіи жалобы, которая подается въ окружный судъ. Жалобы подлежатъ разрѣшенію того суда, къ составу котораго принадлежитъ членъ, постановившій обжалованное опредѣленіе (ст. 365^{19}, 784 уст. гражд. суд.). Не под-

лежитъ сомнѣнію, что и на медленность жалоба допускается и она подается прямо въ судъ, хотя въ законѣ объ этой жалобѣ не упомянуто. Въ тѣхъ случаяхъ, когда частнымъ опредѣленіемъ производство дѣла въ упрощеномъ порядкѣ не прекращается (по предмету объ обезпеченія иска и объ отсрочкѣ разбирательства), принесеніе частной жалобы не останавливаетъ ни производства дѣла, ни приведенія обжалованнаго опредѣленія въ исполненіе (ст. 365^{21}, 596 и 787 уст. гражд. суд.); иначе цѣль упрощеннаго судопроизводства не была бы достигнута. Только жалоба на опредѣленіе объ отмѣнѣ принятой мѣры обезпеченія останавливаетъ его исполненіе (ст. 597 уст. гражд. суд.).

Правила о частныхъ жалобахъ примѣняются и къ производству дѣла въ упрощенномъ порядкѣ у мироваго судьи; жалобы подлежатъ разрѣшенію того мироваго съѣзда, къ составу котораго принадлежитъ мировой судья, постановившій обжалованное опредѣленіе (ст. 80^{1}). Въ Закавказскомъ краѣ означенныя жалобы на опредѣленіе мироваго судьи подлежатъ разрѣшенію окружнаго суда (ст. 1468 уст. гражд. суд. по закону 3 іюня 1891 г.). Съ постановленіемъ рѣшенія упрощенный процессъ оканчивается. Тогда наступаетъ процессъ исполненія, который происходитъ по общимъ правиламъ объ исполненіи рѣшенія. Въ тѣхъ случаяхъ, когда продажа движимаго имущества и передача взыскателю денежныхъ суммъ пріостанавливается на основаніи 924^{2} ст., въ рѣшеніи слѣдуетъ, по моему мнѣнію, указать, что оно подлежитъ исполненію *съ соблюденіемъ этой статьи*, иначе судебный приставъ не будетъ знать о наличности причинъ, останавливающихъ на извѣстное время продажу имущества и передачу денегъ. Всѣ споры и жалобы по исполненію рѣшенія, постановленнаго въ упрощенномъ порядкѣ, разсматриваются членомъ того суда, въ округѣ коего рѣшеніе исполняется, а споры, касающіеся толкованія рѣшенія, подлежатъ разсмотрѣнію члена суда, постановившаго рѣшеніе (ст. 962 и 964 уст. гражд. суд.). Дѣятельность члена суда, постановившаго рѣшеніе, проявляется, какъ мы видѣли, еще въ томъ случаѣ, когда истецъ или отвѣтчикъ проситъ объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ (ст. 365^{20}). Эти просьбы разрѣшаются членомъ суда и, въ случаѣ ихъ удовлетворенія, онъ передаетъ все производство въ окружный судъ (ст. 365^{21}). По общему правилу, дѣла казеннаго управленія не подлежатъ производству ни въ сокращенномъ, ни въ упрощенномъ порядкѣ. Исключеніе сдѣлано въ законѣ лишь для государственнаго банка и подвѣ-

домственныхъ ему учрежденій и только по искамъ, основаннымъ на векселяхъ (прим. 1 къ ст. 1289) [1]).

III.

Измѣненія, внесенныя закономъ 3 іюня 1891 г. въ сокращенный порядокъ судопроизводства. Заключеніе.

Законъ 3 іюня вноситъ также существенныя измѣненія въ сокращенный порядокъ судопроизводства. Онъ отмѣняетъ обряды предварительнаго вызова отвѣтчика въ судъ, назначенія тяжущимся срока на явку и словесныхъ объясненій предсѣдателя съ тяжущимися (ст. 350 и 354 уст. гражд. суд.). Какъ извѣстно, обряды эти нисколько не способствовали разъясненію дѣла: въ громадномъ большинствѣ случаевъ тяжущіеся къ назначенному имъ сроку не являлись и никакихъ предварительныхъ словесныхъ объясненій не происходило. Да если они иногда и имѣли мѣсто, то отъ нихъ не оставалось никакого слѣда въ подлинномъ производствѣ, такъ какъ законъ не требуетъ, чтобы предварительныя словесныя объясненія заносились въ протоколъ.

Явка сторонъ и вызовъ отвѣтчика къ опредѣленному сроку только тормозили движеніе дѣла и затягивали его окончаніе. Теперь день вызова или явки совпадаетъ съ днемъ засѣданія по дѣлу. По ст. 350 (въ новой редакціи) предсѣдатель суда назначаетъ по исковому прошенію день засѣданія, къ коему и *вызываетъ тяжущихся*. Въ этомъ отношеніи сокращенный порядокъ весьма близко подходитъ къ упрощенному съ тою лишь разницею, что въ первомъ вызываются обѣ стороны — истецъ и отвѣтчикъ, въ послѣднемъ же только отвѣтчикъ, а истецъ извѣщается особо о времени, назначенномъ для явки отвѣтчика, *только въ случаѣ его, т. е. истца, просьбы о томъ* (ст. 365[7] и 365[8]). Срокъ явки или засѣданія назначается болѣе продолжительный въ сокращенномъ, чѣмъ въ упрощенномъ порядкѣ. Въ первомъ между днемъ засѣданія и днемъ врученія отвѣтчику повѣстки о вызовѣ долженъ быть промежутокъ времени не менѣе семи дней и не болѣе мѣсяца, съ причисленіемъ однако же поверстнаго срока, и только по дѣламъ, требующимъ неотлагательнаго рѣшенія, если отвѣтчикъ жительствуетъ на разстояніи не болѣе 25 верстъ (по прежней редакціи 10 верстъ) отъ суда, можетъ быть назначено

---

[1]) О недостаткахъ упрощеннаго порядка см. ниже „Къ пересмотру судебныхъ уставовъ“.



засѣданіе и ранѣе указаннаго срока и даже въ первый присутственный день, слѣдующій за врученіемъ отвѣтчику повѣстки о вызовѣ (ст. 350 и 351 уст. гражд. суд. въ новой редакціи). Въ упрощенномъ же порядкѣ разборъ дѣла назначается въ самый краткій срокъ, съ тѣмъ, чтобы между врученіемъ повѣстки и днемъ разбора дѣла прошло не менѣе сутокъ, сверхъ поверстнаго срока, и въ извѣстномъ случаѣ день засѣданія можетъ быть назначенъ въ самый день врученія повѣстки (ст. 365[7]). Редакція ст. 353 уст. гражд. суд. относительно представленія истцомъ и отвѣтчикомъ документовъ измѣнена въ томъ отношеніи, что отвѣтчикъ обязанъ представить всѣ документы, на коихъ основаны его возраженія противъ иска, не позднѣе *перваго засѣданія по дѣлу*, такъ какъ день явки совпадаетъ съ днемъ засѣданія (ст. 353 въ новой редакціи). Судъ можетъ по просьбѣ отвѣтчика отсрочить засѣданіе и назначить новое въ такомъ только случаѣ, когда онъ не могъ, за краткостью срока, получить необходимые для своего оправданія документы, *и когда судъ признаетъ ходатайство отвѣтчика уважительнымъ* (ст. 356 въ новой редакціи). По просьбѣ истца можетъ быть отсрочено засѣданіе и назначено новое въ такомъ только случаѣ, когда отвѣтчикъ представитъ въ свое оправданіе доказательства, которыя истецъ не иначе можетъ опровергнуть, какъ представленіемъ новыхъ документовъ (ст. 357 въ новой редакціи). Дальнѣйшія затѣмъ отсрочки допускаются не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ (ст. 356 и 357). При производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ, какъ мы видѣли, отвѣтчикъ въ правѣ требовать отсрочки разбирательства только въ случаѣ неозначенія въ повѣсткѣ о вызовѣ, что искъ предъявленъ въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 365[8]). Вотъ собственно тѣ измѣненія, которыя сдѣланы закономъ 3 іюня 1891 г. въ порядкѣ сокращеннаго судопроизводства. Во всемъ остальномъ сохраненъ прежній порядокъ, слѣдовательно, производство можетъ быть осложняемо разными частными вопросами, предъявленіемъ новыхъ доказательствъ, какъ письменныхъ документовъ, такъ и свидѣтелей, повѣркою ихъ, участіемъ третьихъ лицъ, предъявленіемъ встрѣчнаго иска и т. д. Отсюда видно, что несмотря на указанныя измѣненія, дѣла, производящіяся въ сокращенномъ порядкѣ, могутъ затягиваться на столь же продолжительное время, какъ и дѣла, производящіяся въ общемъ, обыкновенномъ порядкѣ. Разница лишь въ первоначальномъ направленіи дѣла (сроки назначенія явки сторонъ), въ срокахъ принесенія отзыва на заочное рѣшеніе и апелляціи (ст. 299, 727—748 уст. гражд. суд.).

Между отмѣненными закономъ 3 іюня статьями значится статья

359 уст. гражд. суд., по которой, въ случаѣ неявки отвѣтчика въ день словеснаго состязанія, судъ постановляетъ заочное рѣшеніе. Но изъ этой отмѣны не слѣдуетъ, что въ сокращенномъ порядкѣ рѣшеніе, постановленное въ отсутствіи отвѣтчика, не почитается заочнымъ. На основаніи ст. 365 уст. гражд. суд. къ случаямъ, для коихъ въ сокращенномъ порядкѣ не установлено особыхъ изъятій, примѣняются общія правила. Слѣдовательно, къ сокращенному порядку имѣетъ примѣненіе 1 п. ст. 718 уст. гражд. суд. по прод. 1890 г., т. е. если отвѣтчикъ не явился въ засѣданіе, то истецъ можетъ просить о допущеніи его къ словеснымъ объясненіямъ и о постановленіи заочнаго рѣшенія. Но онъ, по моему мнѣнію, не можетъ просить о новомъ вызовѣ отвѣтчика (конецъ 1 п. ст. 718), ибо это повлекло бы за собою отсрочку засѣданія, а между тѣмъ, согласно ст. 357 уст. гр. суд., истецъ имѣетъ право просить объ отсрочкѣ только въ одномъ случаѣ (см. выше). Рѣшеніе не почитается заочнымъ и подлежитъ только апелляціи, когда отвѣтчикъ, не явясь лично или чрезъ повѣреннаго, въ присланномъ отвѣтѣ изъяснитъ, что онъ проситъ безъ явки его и безъ словесныхъ объясненій, по означенному отвѣту приступить къ рѣшенію (ст. 719 уст. гражд. суд. по прод. 1890 г.). Вообще къ сокращенному производству примѣняются правила общаго порядка, измѣненныя по продолженію 1890 года, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, для коихъ въ сокращенномъ порядкѣ и въ законѣ 3 іюня не установлено особыхъ изъятій (ст. 365 и 365[24] уст. гражд. суд.; см. выше «О заочномъ разбирательствѣ»). Мы видѣли, что самое существенное измѣненіе, сдѣланное закономъ 3 іюня въ сокращенномъ порядкѣ судопроизводства, заключается въ томъ, что по исковому прошенію назначается прямо день засѣданія, къ каковому дню вызываются обѣ стороны, такъ что день явки тяжущихся сливается съ засѣданіемъ по дѣлу. Согласно съ этимъ, всѣ статьи устава, ограничивающія процессуальныя права сторонъ *срокомъ, назначеннымъ на явку*, слѣдуетъ понимать, если дѣло производится въ сокращенномъ порядкѣ, въ смыслѣ *срока, въ который назначено засѣданіе*. Сюда относятся ст. 309 («*къ сроку, назначенному на явку*, тяжущіеся должны явиться въ судъ лично или прислать повѣренныхъ; явясь въ судъ, тяжущіеся . . . должны заявить . . . объ избранномъ ими мѣстѣ пребыванія въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ»), и ст. 653 («отвѣтчикъ, считающій себя вправѣ просить о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу, долженъ подать о томъ прошеніе не позже того срока, который назначенъ ему *на явку въ судъ*»).

По предмету обезпеченія иска законъ 3 іюня дополняетъ статью

595 уст. гражд. суд. тѣмъ, что если въ основаніе иска представленъ *вексель*, то судъ не вправѣ отказать истцу въ просьбѣ объ обезпеченіи. Слѣдовательно, вексель, хотя неявленный и непротестованный, имѣетъ такую же силу въ отношеніи обезпеченія, какую имѣетъ обязательство нотаріальное или засвидѣтельствованное крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ (прежде суды, насколько мнѣ извѣстно, обезпечивали только иски, основанные на *протестованныхъ векселяхъ)*.

Законъ 3 іюня 1891 года, установившій упрощенный порядокъ судопроизводства и вносившій нѣкоторыя измѣненія въ сокращенный порядокъ судопроизводства, въ связи съ изданнымъ 12 іюня 1890 г. закономъ объ измѣненіи порядка заочнаго разбирательства по гражданскимъ дѣламъ, указываетъ на стремленіе нашего судебнаго законодательства ускорить и по возможности упростить гражданскую юстицію. Составители судебныхъ уставовъ, провозгласивъ принципъ равенства сторонъ въ гражданскомъ процесѣ и предоставивъ, какъ истцу, такъ и отвѣтчику широкое право судебной защиты, не могли, конечно, проникнуть въ будущее и предугадать всѣ тѣ осложненія, наросты и новообразованія, которыя создастъ правовой и экономическій бытъ. Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства оказались такія нормы, которыя въ примѣненіи къ дѣйствительной жизни наносили чувствитальный вредъ принципу равенства. Формальное равенство обратилось въ матеріальное неравенство сторонъ и при томъ, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, ко вреду истца. Отвѣтчикъ, въ интересахъ котораго по возможности порализовать права истца и сдѣлать невозможнымъ или, по крайней мѣрѣ, отдалять реализацію этихъ правъ, сталъ возбуждать во время производства дѣла самые неосновательные частные вопросы, предъявлять отводы преимущественно о подсудности, представлять въ судебное засѣданіе новыя доказательства съ цѣлью отсрочки разсмотрѣнія дѣла, заявлять съ тою же цѣлью встрѣчные иски, въ сущности имѣющіе характеръ возраженій; не являлся отвѣтчикъ въ засѣданіе для того, чтобы судомъ было постановлено заочное рѣшеніе и чтобы подать отзывъ, подчасъ самый безсодержательный, привлекалъ третьихъ лицъ, возбуждалъ сомнѣніе въ подлинности или споръ о подлогѣ и т. д.

На частныя опредѣленія суда приносились отвѣтчикомъ жалобы, а на рѣшенія—апелляціи, все съ тою же цѣлью затягивать окончаніе дѣла, а главное—лишить истца возможности получить какое-либо удовлетвореніе. Рядомъ и въ связи съ этими явленіями стало развиваться фиктивное и подложное переукрѣпленіе должникомъ своего имущества, *во избѣжаніе платежи долгов*.

Новеллы нашего гражданскаго процесса за послѣднія десять лѣтъ могутъ, насколько возможно, смягчить зло и ослабить его дѣйствіе. Для устраненія или ослабленія зла законъ вынужденъ былъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ пожертвовать устностью процесса и даже съузить право защиты, а въ другихъ случаяхъ расширить права истца. Такъ, дѣло можетъ быть разсмотрѣно и рѣшено въ отсутствіе сторонъ (не только въ упрощенномъ и сокращенномъ, но и въ общемъ порядкѣ судопроизводства—ст. 719 и 719[1] уст. гражд. суд. по прод. 1890 г.). Право просить объ отсрочкѣ засѣданія ограничено; въ упрощенномъ порядкѣ не допускается предъявленіе встрѣчныхъ исковъ, участія третьихъ лицъ, заочныхъ рѣшеній и апелляцій и вообще дѣло должно быть разрѣшено въ томъ же засѣданіи, которое назначено для разбирательства—см. выше). Хотя въ сокращенномъ и общемъ порядкѣ судопроизводства институтъ заочныхъ рѣшеній сохраненъ, но права истца ограждены тѣмъ, что по заочнымъ рѣшеніямъ, на чемъ бы они основаны ни были, допускается предварительное исполненіе (ст. 737[1] п. 1 уст. гражд. суд. по прод. 1890 года). Въ упрощенномъ и сокращенномъ порядкѣ по исковому прошенію прямо назначается засѣданіе, безъ предварительнаго вызова отвѣтчика (см. выше). Но цѣль всѣхъ этихъ нововведеній будетъ достигнута лишь тогда, когда судьи проникнутся новымъ направленіемъ нашего процессуальнаго законодательства и въ свою очередь освободятся отъ того канцелярскаго формализма, который, благодаря отчасти унаслѣдованнымъ отъ прежнихъ временъ нравамъ и привычкамъ, отчасти окружающимъ условіямъ, сталъ превалировать въ гражданскомъ процессѣ, иногда въ ущербъ матеріальной правдѣ и справедливости. Необходимо сократить и упростить до minimum'а письменность и бумажное производство (не требовать, напр., отъ тяжущихся письменнаго изложенія разнаго рода ходатайствъ тамъ, гдѣ это не требуется закономъ, допускать отсрочку засѣданія въ самыхъ крайнихъ случаяхъ, соединять вмѣстѣ съ резолюціею и мотивы, за исключеніемъ тѣхъ лишь случаевъ, когда рѣшеніе, постановленное въ сокращенномъ порядкѣ, по сложности своей, требуетъ болѣе подробной мотивировки, составлять отдѣльные протоколы въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда это положительно требуется закономъ и т. д.). Въ особенности же слѣдуетъ избѣгать формализма при производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ. Рѣшеніе здѣсь должно послѣдовать за подачею исковаго прошенія въ кратчайшій по возможности срокъ и немедленно, по желанію истца, приводиться въ исполненіе. Тогда гражданскія права будутъ дѣйствительно охранены и гражданское правосудіе вступитъ на путь, указанный ему творцомъ «новаго суда».

ОБЪ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИЛѢ СУДЕБНЫХЪ ОПРЕДѢЛЕНІЙ ПО НЕИСКОВЫМЪ ДѢЛАМЪ.

Исполненіе рѣшенія или постановленія суда составляетъ конечную цѣль процесса Для лица, въ пользу котораго состоялось рѣшеніе или постановленіе о какомъ нибудь правѣ, весьма важна реализація этого права и чѣмъ скорѣе, тѣмъ лучше. Дѣятельность суда, главнымъ образомъ, сосредоточивается или на *рѣшеніи споровъ* о правѣ гражданскомъ, или на *охраненіи* и санкціонированіи пріобрѣтенныхъ гражданскихъ правъ, никѣмъ не *оспариваемыхъ*. Въ первомъ случаѣ, необходимымъ элементомъ процесса является спорное, двухстороннее отношеніе, формулируемое въ видѣ иска и защиты, а самый процессъ возбуждается вслѣдствіе дѣйствительнаго или предполагаемаго правонарушенія. Во второмъ случаѣ, нѣтъ борьбы двухъ противоположныхъ интересовъ, нѣтъ состязанія, а въ въ виду суда есть одностороннее отношеніе лица къ имуществу, требующее повѣрки и санкціи со стороны судебной власти. Въ этомъ заключается принципіальное различіе между двумя типами гражданскихъ дѣлъ: исковыми и неисковыми дѣлами. Съ формальной стороны эти два типа дѣлъ различаются между собою по тому процессуальному дѣйствію, коимъ дѣло *начинается*. Исковыя дѣла, въ отличіе отъ другихъ дѣлъ, начинаются подачею въ судъ *исковаго прошенія*. Въ ряду дѣлъ охранительнаго или частнаго судопроизводства есть, правда, дѣла, въ которыхъ участвуютъ лица не съ одинаковыми интересами и въ которыхъ *повидимому* происходитъ споръ объ имуществѣ. Сюда относятся дѣла о раздѣлѣ наслѣдства, о выкупѣ родовыхъ имуществъ, о распредѣленіи денегъ между кредиторами, жалобы и споры по исполненію или толкованію рѣшенія и т. под. (ст. 1409 и слѣд., 1438 и слѣд., 962—967, 1214 и слѣд. уст. гр. суд.). Тѣмъ не менѣе въ этихъ

дѣлахъ нѣтъ *спора о правѣ* въ собственномъ смыслѣ. По существу этихъ дѣлъ, задача суда заключается не въ разрѣшеніи спора или возстановленіи нарушеннаго права, а въ констатированіи и охраненіи права, уже предустановленнаго закономъ или судомъ. Вслѣдствіе такого матеріальнаго, внутренняго признака, дѣла эти производятся въ частномъ или неисковомъ порядкѣ. Они начинаются подачею частнаго прошенія (безъ оплаты его судебною пошлиною) и по нимъ постановляются не рѣшенія въ техническомъ смыслѣ, а опредѣленія, на которыя приносятся не апелляціонныя, а частныя жалобы.

Терминологія устава гражд. судопр. относительно судебныхъ постановленій не отличается особенною опредѣленностью. По общему правилу, постановленія суда относятся или къ существу дѣла, или къ частнымъ вопросамъ, изъ дѣла возникающимъ; въ первомъ случаѣ постановленія суда наз. рѣшеніями, а въ послѣднемъ—частными опредѣленіями (ст. 705 уст. гр. суд.). Это правило, выраженное въ такой категорической формѣ, не обнимаетъ однако всѣхъ судебныхъ постановленій по производящимся въ судѣ дѣламъ. Какъ по мѣсту, занимаемому ст. 705 въ системѣ гражданскаго судопроизводства (въ первомъ раздѣлѣ, въ главѣ XI о рѣшеніи, въ отдѣленіи первомъ о постановленіи рѣшенія), такъ и по внутреннему смыслу означенной статьи, она очевидно относится къ *исковымъ* дѣламъ. Въ отношеніи къ дѣятельности суда по этимъ дѣламъ, законъ различаетъ разрѣшеніе главнаго основнаго вопроса по существу спора отъ разрѣшенія частныхъ вопросовъ, изъ дѣла возникающихъ. Разрѣшая главный вопросъ, судъ окончательно регулируетъ спорное, гражданское отношеніе, составляющее предметъ иска или спора и въ этомъ заключается главная и высшая функція судебной власти. Такой финалъ дѣла формулируется въ рѣшеніи суда. Но въ теченіе процесса, до окончанія его, могутъ быть возбуждаемы сторонами или самимъ судомъ частные вопросы (отводы, представленіе доказательствъ, повѣрка ихъ, обезпеченіе иска, участіе третьихъ лицъ и проч.). Эти вопросы образуютъ въ процессѣ так. наз. частныя производства, которыя разрѣшаются частными опредѣленіями. Относительно неисковыхъ дѣлъ въ уставѣ употреблены термины «опредѣленіе», «постановленіе», хотя бы дѣло разрѣшалось по существу и получало въ судѣ свое окончаніе. Такъ напр., дѣла по жалобамъ и спорамъ по исполненію рѣшенія, дѣла объ укрѣпленіи за покупщикомъ пріобрѣтеннаго съ публичнаго торга недвижимаго имущества, о распредѣленіи взысканной суммы между нѣсколькими кредиторами, объ охраненіи и раздѣлѣ наслѣдства, о вводѣ во владѣніе, о выкупѣ и мн. др.,

разрѣшаются «опредѣленіями» или «постановленіями» (ст. 967, 1164, 1215, 1218, 1224. 1336, 1406, 1407, 1420, 1425, 1442, 1453 и др. устава гр. суд.). Но и по исковымъ дѣламъ уставъ иногда называетъ предѣленіемъ то, что по ст. 705 составляетъ рѣшеніе. Такъ, на основаніи ст. 364 устава (нынѣ отмѣненной), по дѣламъ, упомянутымъ въ ст. 352, судъ, если признаетъ представленныя отвѣтчикомъ возраженія незаслуживающими уваженія, постановляетъ «опредѣленіе» о немедленномъ исполненіи обязательства... По ст. 953, за упущенія при исполненіи рѣшеній, судебный приставъ подвергается по «опредѣленію» суда, взысканію капитала, процентовъ и другихъ издержекъ... Кассаціонныя *рѣшенія* названы въ законѣ «опредѣленіями» (ст. 804, 814 и 815). Иногда законъ называетъ «постановленіемъ» то, что въ техническомъ смыслѣ на основаніи ст. 705 составляетъ «опредѣленіе» (ст. 730). Отсюда слѣдуетъ, что уставъ во многихъ случаяхъ отступаетъ отъ установленной имъ же терминологіи. Несомнѣнно однако то, что въ общемъ терминъ «рѣшеніе» употребляется только по исковымъ дѣламъ, а «опредѣленіе» или «постановленіе» по неисковымъ дѣламъ.

Обратимся теперь къ занимающему насъ вопросу объ исполнительной силѣ судебныхъ опредѣленій по неисковымъ дѣламъ. Этотъ вопросъ имѣетъ, какъ увидимъ, весьма серьезное, практическое значеніе, въ особенности для нѣкоторыхъ категорій неисковыхъ дѣлъ. Относительно исковыхъ дѣлъ, въ законѣ точно опредѣленъ моментъ, съ котораго рѣшеніе или частное опредѣленіе подлежитъ исполненію. По общему правилу, исполненію подлежатъ судебныя рѣшенія, вошедшія въ законную силу, или обращенныя къ предварительному исполненію (ст. 736 и 924 уст. гр. суд.). Отсюда слѣдуетъ, что если рѣшеніе суда не подвергнуто предварительному исполненію и до истеченія апелляціоннаго срока оно было обжаловано, то оно не подлежитъ исполненію (ст. 892). Для *частныхъ опредѣленій* существуетъ общее правило, что принесеніе частной жалобы не останавливаетъ ни производства дѣла, ни приведенія обжалованнаго опредѣленія въ исполненіе, кромѣ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ (ст. 787). По отношенію же къ судебнымъ опредѣленіямъ или постановленіямъ по неисковымъ дѣламъ мы не находимъ въ уставѣ точно формулированнаго правила о томъ, съ какого момента они получаютъ исполнительную силу.

Для разрѣшенія нашего вопроса необходимо выяснить, вступаютъ-ли судебныя опредѣленія по неисковымъ дѣламъ въ законную силу и въ чемъ она заключается. По основанному началу граждан-

скаго процесса, всякое постановленіе окружнаго суда подлежитъ обжалованію въ судебную палату въ теченіе опредѣленнаго срока. Институтъ обжалованія по исковымъ дѣламъ состоитъ въ принесеніи тяжущимися апелляціонной жалобы, а въ нѣкоторыхъ, указанныхъ въ законѣ, случаяхъ, частной жалобы, отдѣльно отъ апелляціи. Хотя по общему правилу жалобы на частныя опредѣленія окружнаго суда не допускаются отдѣльно отъ апелляціи по существу дѣла (ст. 783), но изъ этого правила сдѣлано много исключеній. Впрочемъ, приносится-ли частная жалоба отдѣльно или вмѣстѣ съ апелляціею по существу дѣла, это безразлично; важно то, что институтъ обжалованія примѣняется, какъ къ рѣшеніямъ, такъ и къ частнымъ опредѣленіямъ. Если же *частныя опредѣленія по исковымъ дѣламъ* подлежатъ обжалованію, то тѣмъ болѣе опредѣленія по неисковымъ дѣламъ, разрѣшающія ихъ *по существу*, должны подлежать обжалованію. И дѣйствительно, во многихъ случаяхъ законъ прямо установляетъ право и срокъ обжаловані (напр. по дѣламъ объ охраненіи и раздѣлѣ наслѣдства, о выкупѣ родовыхъ имуществъ: ст. 1405, 1406, 1421, 1445, 1446 устава по дѣламъ о несостоятельности, объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній: ст. 18 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд., ст. 1066[9], 1066[10] X т. 1 ч.). И такъ, между судебными опредѣленіями по неисковымъ дѣламъ и судебными рѣшеніями по исковымъ дѣламъ есть одна общая черта: какъ тѣ, такъ и другія подлежатъ обжалованію; но несмотря на эту аналогію,—между тѣми и другими есть существенное различіе. Рѣшенія вступаютъ въ законную силу *безусловно* (ст. 893 и 894 устава), опредѣленія же только *относительно*. Законная сила рѣшенія органически связана съ исполняемостью его: пока рѣшеніе не вступаетъ въ законную силу (ст. 892), оно не подлежитъ исполненію, развѣ судомъ допущено предварительное исполненіе (ст. 736 и 924). Но такой связи между относительною законною силою опредѣленій по неисковымъ дѣламъ и исполнительною силою этихъ опредѣленій въ законѣ не установлено. Мы вправѣ поэтому утверждать, что судебныя опредѣленія по неисковымъ дѣламъ подлежатъ исполненію вскорѣ послѣ ихъ постановленія, хотя бы они еще не вошли въ законную силу. Такое положеніе вытекаетъ изъ юридической природы этихъ опредѣленій и составляетъ логическій выводъ изъ указаннаго мною принципіальнаго различія функціи суда въ исковыхъ и неисковыхъ дѣлахъ. Постановляя *рѣшеніе*, судъ регулируетъ матеріальныя, гражданскія отношенія спорящихъ сторонъ и даетъ отвѣтъ по существу исковыхъ требованій. Рѣшеніе, вступившее въ законную силу, устраняетъ споръ *навсегда* (bis de eadem re ne sit actio). Такое

рѣшеніе имѣетъ силу закона для того дѣла, по которому оно состоялось, оно имѣетъ обязательную и исполнительную силу (ст. 893 и 924). Опредѣленія же по неисковымъ дѣламъ, не имѣя чисто судебнаго характера, не исключаютъ возможности спора или иска по тому же предмету, по которому состоялось судебное опредѣленіе. Оно поэтому вступаетъ въ законную силу только относительно: по истеченіи опредѣленнаго срока, оно не можетъ быть обжаловано въ частномъ порядкѣ, но оно можетъ быть измѣнено или отмѣнено рѣшеніемъ, постановленнымъ вслѣдствіе предъявленнаго иска. Такъ напр., лицо утверждено въ охранительномъ порядкѣ въ правахъ наслѣдства и введено было во владѣніе имуществомъ, о чемъ состоялось постановденіе; затѣмъ предъявленъ былъ искъ объ этомъ на слѣдствѣ со стороны ближайшаго наслѣдника. Судъ постановляетъ рѣшеніе, коимъ признаетъ за истцомъ исключительное право наслѣдованія. Этимъ рѣшеніемъ очевидно отмѣняется прежнее судебное постановленіе (ст. 1241 X т. 1 ч.).

Точно также постановленіе суда въ охранительномъ порядкѣ о судебномъ раздѣлѣ можетъ быть измѣнено или отмѣнено судебнымъ рѣшеніемъ, вслѣдствіе иска о передѣлѣ (ст. 1420 уст. гражд. суд.). Опредѣленіе суда въ охранительномъ порядкѣ объ утвержденіи духовнаго завѣщанія къ исполненію или объ отказѣ въ утвержденіи можетъ быть отмѣнено рѣшеніемъ, состоявшимся въ исковомъ порядкѣ (ст. 1066^{10}, 1066^{11} X т. 1 ч.). Равнымъ образомъ, опредѣленіе суда объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ съ публичнаго торга отмѣняется, когда рѣшеніемъ суда торгъ признанъ недѣйствительнымъ (ст. 1180, 1181 уст). Такая измѣняемость судебныхъ опредѣленій по неисковымъ дѣламъ ясно показываетъ, что, въ сущности, эти опредѣленія не вступаютъ въ законную силу въ смыслѣ res judicata, а только не могутъ быть обжалованы и отмѣнены по истеченіи опредѣленнаго срока, *въ частномъ*, *неисковомъ порядкѣ*. Поэтому нельзя согласиться съ выводомъ, изложеннымъ въ кассац. рѣшеніи 1873 г. № 1 по дѣлу Лобри. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ утверждаетъ, что опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ съ публичнаго торга, хотя и постановляется въ частномъ порядкѣ, но оно, касаясь вопроса о пространствѣ правъ пріобрѣтателя, равносильно судебному рѣшенію, и въ случаѣ необжалованія его въ установленный для сего срокъ, вступаетъ въ законную силу и не можетъ уже быть измѣняемо ни въ частномъ, ни въ *тяжебномъ* порядкѣ. Повторяю, въ неисковомъ порядкѣ судопроизводства задача суда заключается въ констатированіи фактовъ, въ признаніи и санкціонированіи граждан-

скихъ правъ лица, противъ которыхъ не заявленъ *споръ въ установленномъ порядкѣ*. Опредѣленія суда и даже судебной палаты по неисковымъ дѣламъ не вступаютъ въ *окончательную* законную силу, такъ какъ они могутъ быть уничтожены впослѣдствіи судебными рѣшеніями, постановленными по предъявленному въ исковомъ порядкѣ спору. Но пока такого спора со стороны другого лица не предъявлено, право, установленное судебнымъ опредѣленіемъ, какъ безспорное, имѣетъ полную свою реальность, и лицо, за коимъ это право признано, можетъ осуществить его *тотчасъ* послѣ признанія его судомъ. Другими словами, судебныя опредѣленія, состоявшіяся въ порядкѣ безспорномъ, получаютъ исполнительную силу тотчасъ послѣ ихъ постановленія.

Разсмотримъ теперь это положеніе по отношенію къ нѣкоторымъ, болѣе выдающимся категоріямъ неисковыхъ дѣлъ, чаще другихъ встрѣчающихся въ судебной практикѣ.

А) *Дѣла о публичной продажѣ недвижимаго имущества.* По истеченіи семи дней со дня торга окружный судъ постановляетъ опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ (ст. 1164 уст. гр. суд.). По сему опредѣленію выдается покупщику данная, съ показаніемъ въ оной проданнаго имѣнія на точномъ основаніи описи, по которой производилась продажа (ib., ст. 1165). Въ этомъ и заключается исполненіе опредѣленія суда объ укрѣпленіи имѣнія. На практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, для ускоренія этого производства, въ судахъ заведены печатные «бланки», въ которыхъ членомъ-докладчикомъ вписываются свѣдѣнія, относящіяся къ данному дѣлу, и излагается *въ окончательной* формѣ опредѣленіе суда (Такіе «бланки» заведены и для другихъ неисковыхъ и даже для нѣкоторыхъ исковыхъ дѣлъ. Это обстоятельство, кромѣ сокращенія труда, способствуетъ необыкновенному ускоренію исполненія, такъ какъ опредѣленія по означеннымъ дѣламъ считаются объявленными въ тотъ же или на слѣдующій день послѣ дня засѣданія и по нимъ выдаются копіи и исполнительные листы). На слѣдующій день послѣ дня засѣданія, покупщику, по требованію его, выдаются засвидѣтельствованныя копіи опредѣленія суда и составленной судебнымъ приставомъ описи, по которой имѣніе было продано. По этимъ двумъ копіямъ нотаріусъ совершаетъ на имя пріобрѣтателя данную, которая по отмѣткѣ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ предъявляется въ окружный судъ, для постановленія о вводѣ во владѣніе. Представимъ себѣ, что въ теченіе семи дней со дня торга подана въ судъ должникомъ, взыскателемъ или третьимъ лицомъ жалоба на неправильное производ-

ство торга (ст. 205). Жалобщикъ, положимъ, заявляетъ, что онъ неправильно былъ устраненъ отъ торговъ, или что высшая предложенная имъ цѣна была неправильно отвергнута, т. е. въ жалобѣ заявлено о такомъ обстоятельствѣ, по которому торгъ признается недѣйствительнымъ (п. 2 ст. 1180). Судъ постановилъ опредѣленіе, коимъ жалоба оставлена безъ послѣдствій, а имѣніе укрѣплено за покупателемъ. По вышеприведеннымъ соображеніямъ, и въ этомъ случаѣ копія съ опредѣленія и описи выдается покупщику для совершенія данной, *не ожидая истеченія срока на обжалованіе* этого опредѣленія. Въ справедливости такого положенія убѣждаютъ спеціальныя, относящіяся къ публичной продажѣ статьи закона. Публичная продажа имущества должника на удовлетвореніе взысканія составляетъ одно изъ дѣйствій процесса исполненія. Дѣятельность судебнаго пристава по исполненію рѣшенія не можетъ быть пріостановлена или прекращена, за исключеніемъ положительно указанныхъ въ законѣ случаевъ (ст. 952, 1091, 1093, 1199 и др.). И это понятно. Въ основѣ процесса исполненія лежитъ судебное рѣшеніе, обратившее спорное отношеніе въ безспорное.

Для прочности правового порядка необходимо, чтобы исполненіе рѣшенія и реализація установленныхъ имъ правъ наступили по возможности скорѣе, чтобы они не зависѣли отъ какихъ-либо случайностей. Вотъ почему споры и жалобы по исполненію рѣшеній разрѣшаются въ сокращенномъ порядкѣ, и подача жалобы на опредѣленіе суда не останавливаетъ приведенія сего опредѣленія въ исполненіе, развѣ бы о томъ послѣдовало опредѣленіе высшаго суда (ст. 966, 967 и мотивы въ изд. гос. канц.). Такъ какъ это послѣднее правило помѣщено въ ряду *общихъ правилъ исполненія судебныхъ рѣшеній*, то представляется несомнѣннымъ, что и судебное опредѣленіе, коимъ жалоба на неправильное производство торга оставлена безъ уваженія, а имущество укрѣплено за покупателемъ, приводится въ исполненіе, и подача жалобы на такое опредѣленіе не останавливаетъ исполненія его.

При составленіи ст. 1165 уст. гр. суд. признано было необходимымъ *по окончаніи продажи*, примѣняясь къ статьѣ 2172 X. т. 2 ч. (изд. 1857), выдавать на купленное имѣніе данную (мотивы въ изд. гос. канц.). По смыслу же ст. 2172, 2176 X т. 2 ч. (1857 г.) и ст. 1507 X т. 1 ч., мѣста и лица, производящія публичную продажу имуществъ, обязаны въ три дня по внесеніи покупателемъ всей покупной цѣны сдѣлать постановленіе объ утвержденіи за покупателемъ проданнаго недвижимаго имущества, и по сему постановленію

входить *немедленно* въ сношеніе, съ кѣмъ слѣдуетъ, о написаніи крѣпостнаго акта; присутственныя мѣста, совершающія крѣпостные акты на проданныя недвижимыя имѣнія, обязаны, по полученіи сообщеній и указанныхъ пошлинъ, *не позднѣе какъ въ три дня* выдать назначенные акты новымъ владѣльцамъ. Отсюда видно, что и при прежнемъ порядкѣ производства взысканій, несмотря на весьма продолжительные сроки, назначавшіеся при исполненіи рѣшенія, опредѣленіе объ утвержденіи за покупателемъ проданнаго имущества приводилось въ исполненіе *немедленно*.

Нерѣдко случается, что на одно и то же имущество, проданное съ публичнаго торга, обращено нѣсколько взысканій и вырученныхъ за имущество денегъ недостаточно для удовлетворенія всѣхъ взысканій. Тогда деньги представляются судебнымъ приставомъ въ судъ для распредѣленія между кредиторами (ст. 956, 1214). По ст. 1163, изъ представленной покупщикомъ суммы прежде всего уплачиваются числящіяся на имѣніи по день продажи недоимки въ государственныхъ податяхъ, земскихъ и городскихъ повинностяхъ всякаго рода, равно издержки по производству описи и продажи имѣнія. А если проданное имѣніе состоитъ въ залогѣ, то по опредѣленію окружнаго суда *немедленно* уплачиваются претензіи, обезпеченныя залогомъ, по старшинству закладныхъ (ст. 1215). Если бы опредѣленіе суда объ укрѣпленіи имѣнія за покупщикомъ получило исполнительную силу лишь по истеченіи опредѣленнаго (двухнедѣльнаго) срока на принесеніе жалобы, или если бы принесеніе жалобы останавливало приведеніе означеннаго опредѣленія въ исполненіе, то представленныя покупщикомъ деньги должны бы оставаться до того времени неприкосновенными, и судъ не могъ бы удовлетворить ими недоимки, издержки по производству описи и продажи и претензіи, обезпеченныя залогомъ — *немедленно*. Вмѣстѣ съ этимъ въ промежуточномъ періодѣ отъ времени постановленія судомъ опредѣленія до окончанія срока обжалованія, или до разрѣшенія жалобы судебною палатою (въ послѣднемъ случаѣ пройдетъ не мало времени), юридическое положеніе проданнаго имѣнія было бы неопредѣленно: неизвѣстно было бы, кому оно принадлежитъ. Съ одной стороны оно уже продано другому лицу и укрѣплено за нимъ, съ другой—у этого лица нѣтъ акта укрѣпленія на имущество, словомъ, имѣніе остается безъ хозяина. Такое положеніе способно вызвать неурядицу въ юридическихъ отношеніяхъ между прежнимъ собственникомъ и новымъ пріобрѣтателемъ имѣнія, уже не говоря о кредиторахъ и о привилегированныхъ долгахъ (недоимки, издержки по производству описи и продажи, закладныя), которые долго не полу-

чать удовлетворенія, не смотря на то, что имѣніе уже продано и деньги выручены. Все сказанное убѣждаетъ, что судебное опредѣленіе объ укрѣпленіи за покупщикомъ проданнаго съ публичнаго торга недвижимаго имущества приводится въ исполненіе *немедленно*, не ожидая истеченія срока обжалованія, а принесеніе жалобы само по себѣ не останавливаетъ приведенія означеннаго опредѣленія въ исполненіе. Само собою разумѣется, что лицо, права котораго нарушены этимъ судебнымъ опредѣленіемъ, можетъ предъявить искъ о признаніи торговъ недѣйствительными и просить объ обезпеченіи этого иска наложеніемъ запрещенія на проданное имущество или ареста на вырученныя за это имущество деньги. Истецъ можетъ также просить судъ пріостановить исполненіе своего опредѣленія объ укрѣпленіи за покупщикомъ имѣнія, и судъ, по моему мнѣнію, можетъ удовлетворить такое ходатайство (arg. ст. 732, 952, 1093 и 1199 уст. гр. суд.).

Б) Дѣла о распредѣленіи денегъ между нѣсколькими кредиторами (ст. 1214—1222 уст. гр. суд.). Когда взысканной съ должника суммы недостаточно для удовлетворенія всѣхъ предъявленныхъ ко взысканію, т. е. присужденныхъ или обезпеченныхъ наложеніемъ запрещенія или ареста (к. р. № 171—78 г.), претензій, то она распредѣляется между кредиторами самимъ судомъ. Такое *судебное* распредѣленіе наступаетъ только въ томъ случаѣ, когда между должникомъ и кредиторами не послѣдуетъ, въ теченіе шести недѣль со дня представленія денегъ въ судъ, *добровольнаго* согласія о распредѣленіи причитающейся на удовлетвореніе ихъ суммы (ст. 1216). По истеченіи указаннаго срока, членъ суда составляетъ разсчетъ о распредѣленіи, который затѣмъ предъявляется кредиторамъ. Этотъ разсчетъ по истеченіи семидневнаго срока со дня, назначеннаго для его предъявленія, представляется на утвержденіе окружнаго суда, который постановляетъ по этому предмету опредѣленіе (ст 1216, 1217 и 1219). Представимъ себѣ, что кредиторы заявили споръ противъ составленнаго членомъ суда разсчета и судъ постановилъ опредѣленіе объ утвержденіи или измѣненіи разсчета. Исполненіе этого опредѣленія заключается въ выдачѣ кредиторамъ причитающихся на долю каждаго изъ нихъ денегъ. Когда наступаетъ подобное исполненіе? Институтъ распредѣленія денегъ между нѣсколькими кредиторами входитъ въ составъ процесса исполненія и выражаетъ собою самую реальную часть этого процесса. Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства установлены три способа распредѣленія денегъ: а) если взысканная съ должника или вырученная черезъ про-

дажу его имущества сумма покрываетъ всѣ предъявленныя взысканія (по нѣсколькимъ исполнительнымъ листамъ), то деньги распредѣляются и выдаются *судебнымъ приставомъ* (ст. 955); б) въ случаѣ недостатка взысканной суммы для полнаго удовлетворенія всѣхъ взысканій, судебный приставъ представляетъ ее въ судъ, и она можетъ быть распредѣлена въ теченіе опредѣленнаго срока между кредиторами *по добровольному между ними и должникомъ соглашенію* (ст. 956 и 1216); в) при отсутствіи такого соглашенія распредѣленіе производится судомъ (ст. 1216 и 1219). Въ первомъ случаѣ распоряженіе судебнаго пристава о распредѣленіи приводится имъ же въ исполненіе *немедленно* (причемъ остатокъ возвращается по ст. 955 должнику). Это вытекаетъ изъ общаго правила, по которому судебный приставъ не вправѣ пріостановить свои дѣйствія по исполненію, а полученныя по исполненію рѣшенія деньги онъ выдаетъ взыскателю (ст. 952, 954). Объявленіе кредиторами спора или подача жалобы на такое распредѣленіе не останавливаетъ выдачи кредиторамъ причитающихся на ихъ долю денегъ (ст. 965). Во второмъ случаѣ, при добровольномъ распредѣленіи, нѣтъ никакого сомнѣнія, что деньги выдаются кредиторамъ немедленно, такъ какъ въ виду суда нѣтъ спора или разногласія, ни со стороны кредиторовъ, ни со стороны должника. Точно также и въ случаѣ распредѣленія денегъ самимъ судомъ, опредѣленіе суда по этому предмету должно быть приведено немедленно въ исполненіе, несмотря на то, что кредиторами заявленъ споръ противъ разсчета. Институтъ распредѣленія, какъ я сказалъ, составляетъ часть процесса исполненія. То обстоятельство, что распредѣленіе производится судомъ, не имѣетъ существеннаго значенія: судъ въ этомъ случаѣ замѣняетъ судебнаго пристава, исполняющаго рѣшеніе, въ виду возможныхъ при распредѣленіи споровъ. Эти споры имѣютъ характеръ частныхъ споровъ по исполненію рѣшенія и разрѣшаются, согласно ст. 966 устава, по сообщеніи противной сторонѣ копіи прошенія и по выслушаніи ея, если она явилась къ назначенному для того сроку (к. р. № 823—75 г.). Слѣдовательно, подача жалобы на опредѣленіе суда по предмету распредѣленія денегъ не останавливаетъ приведенія означеннаго опредѣленія въ исполненіе (ст. 967). Было бы въ высшей степени непослѣдовательно утверждать, что судебное опредѣленіе о распредѣленіи денегъ получаетъ исполнительную силу не ранѣе истеченія опредѣленнаго срока обжалованія и что подача жалобы останавливаетъ выдачу денегъ. Если распоряженіе судебнаго пристава о распредѣленіи приводится немедленно въ исполненіе и подача жалобы не останавливаетъ исполненія (ст. 955 и 965), то тѣмъ болѣе опре-

дѣленіе суда по такому же предмету подлежитъ немедленному исполненію, несмотря на наличность спора и на подачу жалобы. Такое заключеніе подтверждается еще смысломъ ст. 1167, на основаніи которой, въ случаѣ недостатка вырученной продажею суммы на удовлетвореніе всѣхъ предъявленныхъ къ должнику взысканій, купившій имѣніе можетъ замѣнить принадлежащими ему претензіями только ту часть суммы, которая приходится ему по разсчету. Эта статья находится въ непосредственной связи съ предъидущею ст. 1166, дозволяющею покупщику-взыскателю вмѣсто наличныхъ денегъ внести въ счетъ покупной суммы тѣ взысканія, которыя были обращены на проданное имѣніе. Здѣсь законъ, слѣдовательно, допускаетъ компенсацію. Если же вырученной за имѣніе суммы недостаточно на полное удовлетвореніе всѣхъ взысканій, законъ допускаетъ частичную компенсацію по соразмѣрности. Въ этомъ случаѣ самъ кредиторъ, купившій имѣніе, *еще до распредѣленія денегъ судомъ*, производитъ разсчетъ и удовлетворяется частью той суммы, которая ему причитается. Отсюда логически слѣдуетъ, что и остальные кредиторы получаютъ по разсчету удовлетвореніе *тотчасъ же* послѣ распредѣленія денегъ судомъ, иначе, кредиторъ, купившій имѣніе, былъ бы поставленъ, безъ всякаго къ тому основанія, въ несравненно лучшее положеніе, чѣмъ остальные кредиторы, обратившіе взысканіе на проданное имѣніе.

Въ законѣ предусмотрѣнъ случай, когда выдача денегъ кредиторамъ пріостанавливается, а именно, при спорѣ между соучастниками въ общемъ владѣніи имѣнія, проданнаго съ публичнаго торга, о количествѣ части, причитающейся на долю должника (ст. 1190). Въ этомъ случаѣ пріостанавливается выдача кредиторамъ той суммы, о которой идетъ споръ, впредь до разрѣшенія сего спора судомъ. Ст. 1190 уст. гр. суд., основанная на 2059 ст. X. т. 2 ч. (изд. 57 г.), должна имѣть примѣненіе лишь тогда, когда споръ заявленъ въ исковомъ порядкѣ, такъ какъ онъ имѣетъ своимъ предметомъ право на недвижимое имущество или на эквивалентъ его. Если продано съ публичнаго торга лишь право должника на причитающуюся ему долю безъ предварительнаго выдѣла оной (ст. 1188), то споръ можетъ происходить между покупщикомъ и остальными совладѣльцами о пространствѣ принадлежащаго первому права въ общемъ имѣніи. Если же имѣніе продано въ цѣломъ составѣ (ст. 1189), то споръ можетъ происходить между должникомъ и остальными совладѣльцами о количествѣ причитающейся на долю должника части, отъ каковой части зависитъ и размѣръ суммы, слѣдующей къ распредѣленію между соучастниками и кредиторами должника. Какъ въ томъ, такъ и въ

другомъ случаѣ часть денегъ, вырученныхъ за имѣніе, является спорною, и потому она не выдается кредиторамъ до разрѣшенія спора судомъ. При производствѣ дѣла по такому спору могутъ принимать участіе въ качествѣ третьихъ лицъ кредиторы (ст. 1191).

Выдача кредиторамъ денегъ, причитающихся имъ по произведенному судомъ распредѣленію, можетъ быть пріостановлена вслѣдствіе иска, предъявленнаго кѣмъ либо изъ кредиторовъ о количествѣ причитающейся ему суммы, но такое пріостановленіе возможно не иначе, какъ по опредѣленію суда, коему искъ о томъ предъявленъ, о наложеніи ареста на распредѣленную между кредиторами сумму (ст. 602, 633). Точно также выдача денегъ пріостанавливается съ признаніемъ должника несостоятельнымъ, (ст. 6 и 12 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд. и касс. рѣш. № 82—1880 г.).

В) *Дѣла объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній*. Дѣятельность суда по этимъ дѣламъ ограничивается преимущественно разсмотрѣніемъ формальной стороны завѣщаній. Судъ наблюдаетъ только за тѣмъ, чтобы въ составѣ завѣщанія были соблюдены установленныя закономъ формы (ст. 1066[4] X т. 1 ч.). Судъ не входитъ въ разсмотрѣніе существа завѣщанія, а удостовѣряется только въ подлинности его и въ правоспособности завѣщателя и лицъ, въ пользу которыхъ сдѣланы завѣщательныя распоряженія (ibid. ст. 1066[2], 1066[3] X т. 1 ч.; к. р. № 583 — 74 г.). Такова роль суда при утвержденіи завѣщанія въ безспорномъ порядкѣ. Уже выраженіе «утвержденіе завѣщанія къ исполненію» указываетъ на то, что вслѣдъ за утвержденіемъ завѣщанія, оно подлежитъ исполненію. Объ утвержденіи или неутвержденіи завѣщанія судъ, какъ извѣстно, постановляетъ опредѣленіе. На такое опредѣленіе допускается частная жалоба въ мѣсячный срокъ (ibid. ст. 1066[9], 1066[10]). Предположимъ, что судъ утвердилъ завѣщаніе и на опредѣленіе суда подана частная жалоба со стороны лица, интересы котораго нарушены утвержденіемъ завѣщанія. Такая жалоба не ослабляетъ исполнительной силы судебнаго опредѣленія и не останавливаетъ исполненія завѣщанія. Я нахожу для этого положенія твердую опору въ законѣ. Во первыхъ, къ частнымъ жалобамъ на опредѣленіе суда объ утвержденіи духовнаго завѣщанія или объ отказѣ въ такомъ утвержденіи примѣняется порядокъ, указанный въ ст. 784—790 уст. гр. суд. (ст. 1066[9] X т. 1 ч.), а на основаніи ст. 787 устава принесеніе частной жалобы не останавливаетъ приведенія обжалованнаго опредѣленіе въ исполненіе, кромѣ случаевъ, положительно въ законѣ указанныхъ. Во вторыхъ, только *искъ* о признаніи духовнаго завѣщанія недѣйствитель-

нымъ можетъ остановить исполненіе завѣщанія. Это вытекаетъ изъ смысла ст. 1066[14] X т. 1 ч., по которой, если споръ по завѣщанію возникаетъ въ то время, когда завѣщенное имѣніе не поступило ни въ чье владѣніе, то оно отдается въ опекунское управленіе. Сопоставляя эту статью съ предыдущею ст. 1066[13], убѣждаемся, что законъ предусмотрѣлъ предъявленіе иска въ тотъ моментъ, когда завѣщаніе уже утверждено къ исполненію, но оно еще не выдано изъ суда или вообще не приведено еще въ исполненіе, т.-е. когда имущество еще не перешло въ обладаніе лицъ, коимъ оно завѣщано (ст. 1098 X т. 1 ч.). Слѣдовательно, когда въ виду суда иска о недѣйствительности завѣщанія нѣтъ, то опредѣленіе объ утвержденіи завѣщанія приводится безусловно въ исполненіе немедленно. На практикѣ, насколько мнѣ извѣстно, оно такъ и бываетъ. Какъ только опредѣленіе суда объ утвержденіи завѣщанія изложено въ окончательной формѣ (а это бываетъ обыкновенно на слѣдующій день послѣ судебнаго засѣданія), просителю, по взносѣ имъ назначенныхъ въ опредѣленіи пошлинъ, выдается духовное завѣщаніе съ надписью на немъ суда объ утвержденіи его къ исполненію и въ тоже время посылается объявленіе въ сенатскую типографію и сообщается, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, выписка изъ завѣщанія прокурору (ст. 1066[8], 1090 X т. 1 ч.). И такъ, опредѣленіе суда, постановленное въ безспорномъ или неисковомъ порядкѣ объ утвержденіи завѣщанія, получаетъ исполнительную силу немедленно, если только въ виду суда нѣтъ спора или иска о не дѣйствительности завѣщанія. Съ этою цѣлью нѣкоторые суды при утвержденіи завѣщанія наводятъ по канцеляріи суда справку, не предъявлено ли кѣмъ либо спора противъ завѣщанія (такой пріемъ не составляетъ, по мнѣнію многихъ практиковъ, нарушенія ст. 367 уст. гр. суд., такъ какъ она относится къ исковому порядку производства).

Съ постановленіемъ означеннаго опредѣленія ни отъ душеприказчиковъ, ни отъ наслѣдниковъ по завѣщанію не требуется новаго постановленія суда о правѣ на приведеніе въ исполненіе духовнаго завѣщанія, и посему, если наслѣдство охранено мировымъ судьею, душеприказчики или наслѣдники имѣютъ право обратиться съ требованіемъ о снятіи мѣръ охраненія и объ отдачѣ имъ имущества (к. р. №№ 277, 885—72 г., 127—74 г.).

Г) *Дѣла объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства.* Институтъ судебнаго утвержденія въ правахъ наслѣдства въ нашемъ законодательствѣ не развитъ. Ст. 1408, помѣщенная въ отдѣлѣ охранитель-

наго судопроизводства, предоставляетъ утвержденіе въ наслѣдственныхъ правахъ на волю наслѣдниковъ. Право наслѣдованія по закону наступаетъ со смертью лица, послѣ котораго открылось наслѣдство, и не нуждается въ санкціи суда (ст. 1254 X т. 1. ч.). Но судебная, въ особенности кассаціонная практика, руководствуясь соображеніями чисто формальнаго свойства, признаетъ судебное опредѣленіе объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства лучшимъ и чуть ли не единственнымъ доказательствомъ наслѣдственныхъ правъ лица. На практикѣ твердо установился взглядъ, что наслѣдничье званіе должно быть легитимировано судебною властью, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ когда лицо, реализуя свои наслѣдственныя права, приходитъ въ соприкосновеніе съ оффиціальными или quasi—оффиціальными учрежденіями (напр. судебными и присутственными мѣстами, съ казенными и частными кредитными учрежденіями). Такъ напр., въ составѣ открывшагося наслѣдства находятся: недвижимыя имѣнія, которыми наслѣдники желаютъ ввестись во владѣніе, или выданныя на имя наслѣдодателя долговыя обязательства, которыя должны быть предъявлены ко взысканію, или капиталы умершаго находятся вкладомъ въ какомъ нибудь кредитномъ учрежденіи, или наконецъ все наслѣдственное имущество охранено мировымъ судьею. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, для осуществленія права наслѣдованія требуется судебное постановленіе объ утвержденіи лица въ правахъ наслѣдства (к. р. №№ 177—67 г., 15, 612, 801—69 г., 675—71 г., 1244—72 г., 695—73 г., 569, 1063—75. г., 302—76 г., 310—77 г., 60—76 г. и мн. друг.).

Исполненіе судебнаго опредѣленія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства выражается въ томъ, что наслѣдники получаютъ изъ суда засвидѣтельствованную копію опредѣленія и по предъявленіи этой копіи они получаютъ наслѣдственное имущество, гдѣ бы оно ни находилось, и осуществляютъ свои наслѣдственныя права. Бываетъ нерѣдко, что одновременно съ просьбою объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства наслѣдники ходатайствуютъ о вводѣ ихъ во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ умершаго. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что постановленіе суда, состоявшееся въ безспорномъ порядкѣ судопроизводства, разрѣшаетъ дѣло по существу и составляетъ финалъ охранительнаго процесса. Такое постановленіе окружнаго суда можетъ быть обжаловано въ двухнедѣльный срокъ въ судебную палату на основаніи общаго правила, по которому всякія постановленія окружнаго суда, какъ неокончательныя, подлежатъ обжалованію въ высшую инстанцію (к. р. №№ 1249—71 г., 129—77 г., 30—78 г.). Пред-

ставимъ себѣ, что на одно и тоже наслѣдство явилось нѣсколько претендентовъ. Судъ, разсмотрѣвъ ихъ ходатайства въ охранительномъ порядкѣ, утвердилъ въ правахъ наслѣдства тѣхъ изъ просителей, которые доказали свое ближайшее родство съ наслѣдодателемъ, остальнымъ же отказалъ въ такомъ утвержденіи. И въ этомъ случаѣ опредѣленіе суда подлежитъ немедленному исполненію, и оно не пріостанавливается вслѣдствіе принесенія жалобы. Если, какъ мы показали, опредѣленіе суда объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію получаетъ исполнительную силу немедленно, то тѣмъ болѣе это должно имѣть мѣсто относительно опредѣленія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства. При утвержденіи завѣщаній дѣятельность суда заключается въ повѣркѣ акта съ формальной стороны (а формальностей, установленныхъ для составленія духовнаго завѣщанія, немало), въ повѣркѣ его подлинности и правоспособности завѣщателя и лицъ, въ пользу которыхъ сдѣланы завѣщательныя распоряженія. При утвержденіи же въ правахъ наслѣдства судъ удостовѣряется только въ родствѣ наслѣдниковъ съ умершимъ, послѣ котораго открылось наслѣдство, и своимъ опредѣленіемъ освящаетъ то право, которое уже предустановлено въ законѣ. Такимъ образомъ, въ послѣднемъ случаѣ, дѣятельность суда гораздо проще и въ ней ярче выступаетъ безспорно-охранительный характеръ, чѣмъ въ первомъ случаѣ, и нѣтъ поэтому ни малѣйшаго разумнаго основанія откладывать исполненіе судебнаго опредѣленія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства до истеченія срока на обжалованіе или до разрѣшенія дѣла въ судебной палатѣ.

Какъ при утвержденіи духовнаго завѣщанія къ исполненію, такъ и при утвержденіи въ правахъ наслѣдства, судъ можетъ постановить, въ случаѣ заявленія о томъ ходатайства, о вводѣ во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ. Постановленіе о вводѣ приводится точно также въ исполненіе немедленно по выданному исполнительному листу. Такое постановленіе можетъ быть обжаловано судебной палатѣ, въ предѣлахъ установленнаго закономъ срока, всѣми лицами, права коихъ нарушаются вводомъ, наприм., когда лицо введено во владѣніе имѣніемъ, которое находилось въ безспорномъ владѣніи другого лица (к. р. №№ 129—77 г., 30—78 г.). Но только споръ или искъ, предъявленный установленнымъ порядкомъ, можетъ остановить вводъ во владѣніе, а не возраженіе или жалоба, поданная въ частномъ порядкѣ. Судъ можетъ принять во вниманіе такое возраженіе при удостовѣреніи въ томъ, что актъ укрѣпленія совершенъ по правиламъ, закономъ предписаннымъ, но оно не можетъ само по себѣ

остановить вводъ во владѣніе (ст. 1098 X т. 1 ч., 1425 уст. гр. суд., к. р. № 368—77 г.).

Д) *Дѣла о несостоятельности*. Къ числу неисковыхъ дѣлъ относятся и дѣла о признаніи кого-либо несостоятельнымъ должникомъ. Въ теченіе конкурснаго процесса могутъ быть постановляемы, какъ частныя опредѣленія по частнымъ вопросамъ, изъ дѣла возникающимъ, такъ и опредѣленія, коими разрѣшаются по существу вопросы о несостоятельности, о свойствѣ ея и о правахъ кредиторовъ на полученіе удовлетворенія изъ имущества должника (к. р. № 543—1872 г.). Послѣднія опредѣленія, разрѣшающія вопросы о правѣ, имѣютъ, по разъясненію сената, значеніе рѣшеній и на нихъ могутъ быть подаваемы апелляціонныя жалобы (к. р. №№ 543—1872 г., 520—1876 г.). Изъ совокупнаго разсмотрѣнія статей устава о торговой несостоятельности и временныхъ правилъ о производствѣ дѣлъ о несостоятельности нельзя не придти къ убѣжденію, что всякаго рода судебныя постановленія по дѣламъ о несостоятельности приводятся въ исполненіе немедленно, и подача жалобы, какъ частной, такъ и апелляціонной, не останавливаетъ исполненія означенныхъ постановленій. Такъ, съ постановленіемъ опредѣленія объ объявленіи кого-либо несостоятельнымъ торговаго свойства, судъ въ *тотъ же день* отдаетъ должника подъ стражу (ст. 503 уст. суд. торг.). Опредѣленіе о несостоятельности лицъ служащихъ сообщается *въ тоже засѣданіе*, какъ начальству, такъ и мѣсту служенія должника для необходимыхъ распоряженій и объ увольненіи его отъ должности (тамъ же, ст. 504). По силѣ того же опредѣленія производится судомъ публикація о несостоятельности, на движимое имущество налагается арестъ *въ тотъ же или на другой день* по открытіи несостоятельности (ibid. 506—508, 512). Судъ созываетъ наличныхъ кредиторовъ *въ самый краткій срокъ и не далѣе трехъ дней* по открытіи несостоятельности для описи имѣнія и предварительной смѣты долговъ, и отъ должника отбирается подписка въ томъ, что онъ ничего не скрылъ и не скроетъ изъ своего имущества (ibid. ст. 515; ст. 7 прил. III къ ст. 1400 уст. гражд. суд.).

Въ нашемъ законодательствѣ о несостоятельности рельефно выступаетъ стремленіе къ тому, чтобы всѣ распоряженія и постановленія конкурснаго управленія и суда приводились немедленно въ исполненіе. Самый главный моментъ конкурснаго процесса,—это разсмотрѣніе общимъ собраніемъ заимодавцевъ дѣйствій конкурснаго управленія. По разсмотрѣніи этихъ дѣйствій собраніе приступаетъ *къ окончательнымъ* распоряженіямъ: назначаетъ срокъ и порядокъ продажи

остальнаго непроданнаго имущества и дѣлаетъ *окончательное* постановленіе о долгахъ и ихъ удовлетвореніи. Приведеніе этихъ *окончательныхъ* постановленій въ дѣйствіе собраніе поручаетъ конкурсному управленію и по принятому въ собраніи распредѣленію долговъ *немедленно* производится удовлетвореніе (ст. 615—617 уст. суд. торг.). Опредѣленіе суда объ утвержденіи постановленія общаго собранія заимодавцевъ о свойствѣ несостоятельности имѣетъ своимъ прямымъ послѣдствіемъ приведеніе означеннаго постановленія въ исполненіе и объявленіе о томъ въ вѣдомостяхъ обѣихъ столицъ (ibid. ст. 625). Равнымъ образомъ, какъ только состоялось опредѣленіе суда объ утвержденіи мировой сдѣлки, она считается дѣйствительною и тѣмъ самымъ прекращаетъ конкурсъ и всѣ его послѣдствія такъ точно, какъ бы никогда онаго не было (ст. 636, 638).

Обжалованію подлежатъ какъ опредѣленія конкурснаго управленія, такъ и опредѣленія суда (ст. 17 и 18 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Но подача жалобы на эти опредѣленія, какъ я сказалъ, не останавливаетъ приведенія ихъ въ исполненіе. Конкурсное управленіе составляетъ по ввѣреннымъ ему дѣламъ, до окончанія ихъ, нижнюю степень суда (ст. 531 уст. суд. торг.). На основаніи ст. 17 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд., дѣла по жалобамъ на опредѣленія конкурснаго управленія производятся по правиламъ, изложеннымъ въ ст. 784—791 устава. Между цитированными статьями помѣщена ст. 787, по которой принесеніе частной жалобы не останавливаетъ приведенія обжалованнаго опредѣленія въ исполненіе. Если такимъ образомъ опредѣленія конкурснаго управленія, составляющаго *нижнюю* степень суда, получаютъ исполнительную силу до истеченія срока обжалованія, то нѣтъ никакого основанія допустить, чтобы исполнительная сила судебныхъ опредѣленій, хотя бы ими разрѣшался окончательно вопросъ о правахъ должника или кредиторовъ, парализовалась принесеніемъ жалобы. Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что между конкурснымъ и исковымъ порядкомъ судопроизводства нѣтъ никакой аналогіи. Въ первомъ порядкѣ судъ, открывъ несостоятельность или объявивъ кого либо несостоятельнымъ должникомъ, заканчиваетъ этимъ свою судебную дѣятельность и сохраняетъ за собою роль инстанціи контролирующей и надзирающей за дальнѣйшимъ движеніемъ конкурснаго процесса. Только нѣкоторые, весьма немногіе моменты въ этомъ процессѣ, требуютъ санкціи суда—ex officio. Во всемъ же остальномъ участіе суда въ конкурсномъ процессѣ вызывается главнымъ образомъ ходатайствомъ или жалобами кредиторовъ или должника (ст. 16 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Поэтому къ произ-

водству въ судѣ дѣлъ о несостоятельности нельзя примѣнять правила исковаго судопроизводства объ исполнительной силѣ судебныхъ рѣшеній (ст. 736 и 924 уст. гр. суд.), и принесеніе жалобы не можетъ остановить исполненія судебныхъ опредѣленій по дѣламъ о несостоятельности.

Ограничусь этими пятью категоріями дѣлъ, чаще другихъ встрѣчающихся въ судебной практикѣ, чтобы иллюстрировать прочность выставленнаго положенія объ исполнительной силѣ судебныхъ опредѣленій по неисковымъ дѣламъ. Понятно, что есть еще много другихъ неисковыхъ дѣлъ, по которымъ судъ постановляетъ опредѣленіе по существу или, какъ прежде называли, «рѣшительное опредѣленіе», и оно получаетъ исполнительную силу сейчасъ же послѣ того, какъ оно состоялось. Сюда относятся напр. дѣла по жалобамъ на распоряженія или постановленія опекунскихъ установленій, старшихъ нотаріусовъ и нотаріусовъ. Во всѣхъ указанныхъ и имъ подобныхъ производствахъ нѣтъ борьбы двухъ исключающихъ другъ друга интересовъ, нѣтъ *спора и состязанія* о правѣ. Споръ въ техническомъ смыслѣ предполагаетъ наличность *сторонъ* или тяжущихся: истца и отвѣтчика, а самое возбужденіе дѣла обусловливается предъявленіемъ иска и подачею исковаго прошенія. Въ неисковыхъ дѣлахъ, какъ мы видѣли, судъ, при извѣстныхъ условіяхъ, даетъ санкцію извѣстному факту, утверждаетъ его и сообщаетъ ему юридическую силу, или, въ качествѣ высшей, надзирающей инстанціи, повѣряетъ дѣйствія подчиненныхъ ему мѣстъ и лицъ. Въ этомъ, повторяю, выражается специфическій признакъ частнаго или не исковаго порядка процесса, въ отличіе отъ спорнаго или исковаго порядка: въ послѣднемъ судъ своимъ рѣшеніемъ при доказанности иска съуживаетъ сферу правовыхъ отношеній одной стороны и соотвѣтственно расширяетъ кругъ правовыхъ отношеній противной стороны; судебное рѣшеніе получаетъ для даннаго дѣла значеніе закона и истины (res judicata pro veritate accipitur). Въ первомъ же случаѣ опредѣленіе суда не имѣетъ характера абсолютной истины и не устраняетъ возможности спора или иска по тому же предмету и оно, т. е. опредѣленіе, можетъ быть впослѣдствіи уничтожено рѣшеніемъ того же суда. Вотъ почему авторитетность судебнаго рѣшенія по исковымъ дѣламъ и исполнительная сила его обусловлена по общему правилу *законною силою* рѣшенія, другими словами, рѣшеніе подлежитъ исполненію не прежде, какъ по вступленіи въ законную силу (предварительное исполненіе составляетъ исключеніе изъ общаго правила). Судебныя же опредѣленія по неисковымъ дѣламъ получаютъ испол-

нительную силу немедленно послѣ ихъ постановленія. Для прочности юридическаго быта весьма существенно, чтобы права лицъ, не подвергающіяся спору, осуществлялись немедленно послѣ признанія ихъ судомъ, и чтобы охранительная и санкціонирующая дѣятельность суда приносила обществу дѣйствительную выгоду и практическую пользу, а не служила бы тормазомъ, задерживающимъ и останавливающимъ ростъ юридической и экономической жизни.

ПРОЦЕССЪ ИСПОЛНЕНІЯ РѢШЕНІЙ ПО ЗАКОНУ 8 іюня 1893 года [1]).

(Объ измѣненіи законоположеній, касающихся исполненія окончательныхъ судебныхъ рѣшеній).

Законъ 8 іюня 1893 года внесъ весьма существенныя измѣненія въ процессъ исполненія судебныхъ рѣшеній. Законъ этотъ стремится, повидимому, согласовать и примирить принципъ кассаціи съ законною силою окончательныхъ рѣшеній, съ такъ-называемою auctoritas rei judicatae, и имѣетъ цѣлью предотвратить тѣ непоправимыя нерѣдко потери, которыя происходятъ для обвиненной по дѣлу стороны отъ немедленнаго и ничѣмъ неограниченнаго исполненія судебнаго рѣшенія. Въ нашемъ юридическомъ быту нерѣдко выдвигаются явленія, указывающія на внутреннее противорѣчіе, существующее между формулою res judicata pro veritate habetur и принципомъ кассаціи. Съ одной стороны, рѣшеніе вступаетъ въ законную силу, когда оно постановлено апелляціонною инстанціею, и такое рѣшеніе подлежитъ реальному исполненію (ст. 184, п. 3 ст. 892 и 924 уст. гражд. суд.); процессуальное отношеніе, слѣдовательно, прекратилось, спорное право превратилось въ безспорное, бывшее въ спорѣ имущество передается тому, кому оно присуждено, денежныя взысканія удовлетворяются изъ имущества должника, на его счетъ производятся тѣ дѣйствія или работы, которыя не совершены имъ въ назначенный срокъ (ст. 933 и 934). Съ другой стороны, это же рѣшеніе, уже реализованное, нерѣдко отмѣняется кассаціонною инстанціею, какъ будто его и не было, и тѣмъ самымъ спорное отношеніе возстанов-

1) Читано въ засѣданіи Московскаго Юридическаго Общества 11 октября 1893 г.

ляется; предположенная истина,—реальность, превращается въ призракъ, въ ничто. Но вѣдь въ силу означеннаго рѣшенія уже совершились извѣстные факты, произошли объективныя измѣненія въ сферѣ имущественныхъ отношеній сторонъ; съ отмѣною рѣшенія уничтожается только юридическій титулъ, правовой элементъ этихъ отношеній, но факты не разрушаются, а продолжаютъ существовать. Правда, исполненіе кассированнаго рѣшенія *останавливается* (ст. 814), но все то, что уже исполнено, очевидно, не можетъ быть пріостановлено. Такое положеніе вещей порождаетъ на практикѣ нежелательныя для правовой и экономической жизни послѣдствія: имущественная сфера лица теряетъ свою устойчивость и легальность, юридическое отношеніе не совпадаетъ съ фактическимъ, а главное то, что лицо, получившее въ силу отмѣненнаго рѣшенія имущество или удовлетвореніе, въ промежуткѣ времени между отмѣною прежняго и постановленіемъ новаго рѣшенія можетъ отчудить, трансформировать и даже уничтожить все имъ полученное, такъ что другая сторона, если новое рѣшеніе постановлено будетъ въ ея пользу, лишится возможности возстановить прежнее свое отношеніе къ имуществу. Во многихъ случаяхъ, новое рѣшеніе, какъ бы оно ни было благопріятно для отвѣтчика, не въ состояніи реституировать то, что уже совершилось по первому, отмѣненному рѣшенію, напр., снесены строенія, уничтожены сооруженія, продано съ публичнаго торга имущество, которое затѣмъ отъ покупщика перешло къ другому, отъ него къ третьему и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, лицу, оправданному новымъ рѣшеніемъ, остается единственный способъ удовлетворенія: получить вознагражденіе за понесенные убытки или, вѣрнѣе, взыскивать стоимость ненайденнаго, отчужденнаго или растраченнаго имущества (ст. 1213), но, во-первыхъ, для этого нужно будетъ начать новое дѣло и подвергаться всѣмъ трудностямъ и случайностямъ процесса объ убыткахъ, во-вторыхъ, у отвѣтчика можетъ не оказаться никакого имущества для покрытія взысканія, и, наконецъ, не всегда денежное вознаграждаиіе можетъ служить эквивалентомъ ненайденнаго, истребленнаго или растраченнаго предмета, который по индивидуальнымъ своимъ качествамъ «художественному, фамильному или иному внутреннему значенію» представляетъ особую цѣнность для даннаго лица. Чтобы предупредить эти нежелательныя явленія дѣйствительности, новый законъ поступается отвлеченнымъ принципомъ исполнительной санкціи окончательнаго рѣшенія и преподаетъ для этой цѣли рядъ новыхъ правилъ. Они связываютъ процессъ исполненія съ кассаціоннымъ процессомъ въ томъ отношеніи,

что послѣдній оказываетъ воздѣйствіе на начало, продолженіе и окончаніе перваго. Правила эти могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ. *Первая* относится къ случаямъ, въ которыхъ процессъ исполненія вовсе не *начинается* до истеченіи срока на подачу кассаціонной жалобы, а если она подана, то до разрѣшенія оной; *вторая* — касается мѣръ, отчасти останавливающихъ окончательную реализацію рѣшенія, отчасти обезпечивающихъ права и интересы отвѣтчика на случай отмѣны рѣшенія и перевершенія дѣла въ его пользу. А) Исполненіе рѣшеній до истеченія срока на подачу кассаціонной жалобы, а если она подана, то до разрѣшенія оной, *не допускается*: 1) по дѣламъ о законности рожденія, 2) по дѣламъ о расторженіи или признаніи недѣйствительными браковъ между раскольниками, 3) по дѣламъ, подлежащимъ судебно-межевому разбирательству и 4) по искамъ, предъявленнымъ противъ казенныхъ управленій (ст. 814[1]—и 1291[1]—уст. гр. суд.). По терминологіи нашего устава подъ дѣлами о законности рожденія слѣдуетъ разумѣть иски, коими доказывается законность или незаконность рожденія. Лицо, записанное въ метрическихъ книгахъ незаконнорожденнымъ, можетъ само или въ лицѣ своихъ родителей и опекуновъ путемъ иска домогаться признанія его законорожденнымъ (ст. 1347, 1354—1356 уст. гр. суд.); и, наоборотъ, может быть предъявленъ споръ противъ законности рожденія съ просьбою о признаніи лица незаконнорожденнымъ (ст. 1348—1353). Исполненіе рѣшеній по дѣламъ этого рода (въ случаѣ удовлетворенія иска) заключается въ запискѣ въ метрическихъ книгахъ законности или незаконности рожденія лица, и такъ какъ съ этою запискою установляется право состоянія (status) сего послѣдняго, то съ точки зрѣнія закона исполненіе рѣшенія по означеннымъ дѣламъ представляется настолько важнымъ, что оно должно быть прочно и безповоротно. Это обстоятельство, вѣроятно, и послужило основаніемъ къ отсрочкѣ исполненія впредь до истеченія кассаціоннаго срока или до разрѣшенія кассаціонной жалобы. Но такое же основаніе вполнѣ приложимо и къ дѣламъ объ узаконеніи и усыновленіи. Исполненіе опредѣленій суда по этимъ дѣламъ сопряжено съ пріобрѣтеніемъ узаконеннымъ правъ состоянія родителей, а усыновленнымъ правъ личнаго почетнаго гражданства (ст. 144[1] п. 3, 153 X т. 1 ч., 1460[7] уст. гражд. суд. по прод. 1891 г.). Эти опредѣленія могутъ быть обжалованы участвующими въ дѣлѣ лицами и прокуроромъ въ кассаціонномъ порядкѣ, и въ случаѣ ихъ отмѣны можетъ быть постановлено новое опредѣленіе объ отказѣ въ узаконеніи или усыновленіи (ст. 1460[6], 1460[11] уст. гр. сду. по прод. 1891 г.). Но-

вый законъ, однако, неизвѣстно почему, объ означенныхъ дѣлахъ не упоминаетъ. *Вторая* группа дѣлъ, на которыя распространяется дѣйствіе новаго закона—это дѣла о расторженіи или признаніи недѣйствительными браковъ, заключенныхъ между раскольниками. Рѣшеніемъ о расторженіи этихъ браковъ и о признаніи ихъ недѣйствительными, съ одной стороны, разрушаются пріобрѣтенныя женами и дѣтьми раскольниковъ права состоянія, а съ другой, создается право бывшихъ супруговъ или по крайней мѣрѣ одного изъ нихъ вступить въ новый бракъ. Въ виду столь важныхъ послѣдствій, подобное рѣшеніе не должно подвергаться колебаніямъ и измѣненіямъ, а это возможно лишь тогда, когда рѣшеніе не было обжаловано въ кассаціонномъ порядкѣ, или же когда жалоба оставлена безъ послѣдствій. Къ *третьей* группѣ отнесены дѣла, подлежащія судебно-межевому разбирательству. Судебно-межевой процессъ, какъ извѣстно, состоитъ изъ двухъ отдѣльныхъ производствъ: по первому постановляется рѣшеніе о количествѣ слѣдующей каждому владѣльцу земли, по второму—о распредѣленіи земель по участкамъ и о назначеніи границъ владѣнія каждаго владѣльца (ст. 6 и 7 прил. IV къ ст. 1400 уст. гр. суд.; касс. $\frac{192}{75}$, $\frac{240}{78}$). Новый законъ имѣетъ въ виду исполненіе рѣшеній по второму производству, т. е. утвержденіе межъ въ натурѣ, совершеніе межевыхъ актовъ, выдачу владѣльцамъ плановъ и межевыхъ книгъ, каковое исполненіе производится межевыми установленіями на основаніи межевыхъ законовъ (тамъ же, ст. 8). Рѣшеніе же первой стадіи судебно-межеваго процесса не можетъ быть реализовано въ порядкѣ понудительнаго исполненія, такъ какъ оно установляетъ права владѣльцевъ лишь идеально, безъ опредѣленія матеріальныхъ границъ этихъ правъ. Отмѣна уже исполненныхъ рѣшеній по судебно-межевымъ дѣламъ можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ измѣненіе границъ владѣній, уничтоженіе или измѣненіе межевыхъ книгъ и плановъ, т. е. такихъ актовъ, непоколебимость которыхъ составляетъ основное условіе правильнаго аграрнаго строя. *Четвертая* группа дѣлъ, по которымъ рѣшенія не приводятся въ исполненіе впредь до наступленія извѣстныхъ событій, это дѣла по искамъ, предъявленнымъ противъ казенныхъ управленій (ст. 1291^{1}). Почему казенное управленіе поставлено въ такое привилегированное положеніе, трудно пріискать достаточно раціональныхъ основаній. Къ изъятію первыхъ трехъ группъ дѣлъ изъ дѣйствія общаго правила объ исполнительной силѣ окончательныхъ судебныхъ рѣшеній имѣлись, какъ мы видѣли, *объективныя* основанія, т. е. свойство и предметъ дѣлъ; въ настоящемъ же случаѣ законъ нашелъ возмож-

нымъ допустить такое изъятіе относительно *всѣхъ* дѣлъ по одному *субъективному* основанію, т. е. единственно потому, что отвѣтчикомъ является казенное управленіе. Этимъ, по моему мнѣнію, нарушается общепризнанный, санкціонированный и нашимъ уставомъ, принципъ процессуальной равноправности сторонъ. Казалось бы, что можно было и относительно рѣшеній по искамъ противъ казеннаго управленія ограничиться, въ огражденіе интересовъ послѣдняго, тѣми мѣрами, которыя указаны въ ст. 814 уст. гр. суд. (въ новой редакціи), и которыя притомъ не принимаются ex officio, а лишь по требованію отвѣтчика (см. ниже). А между тѣмъ только по искамъ о денежныхъ претензіяхъ въ казнѣ новый законъ допускаетъ исполненіе рѣшеній подъ условіемъ представленія истцомъ надлежащаго обезпеченія на случай отмѣны рѣшенія въ кассаціонномъ порядкѣ (прим. къ ст. 1295[1]). По всѣмъ же остальнымъ искамъ къ казнѣ рѣшеніе не приводится въ исполненіе до истеченія срока на принесеніе кассаціонной жалобы, а если она подана, то до разрѣшенія ея.

Б) Вторая категорія правилъ, содержащихся въ новеллѣ 8 іюня 1893 года, постановляетъ о мѣрахъ, предпринимаемыхъ съ цѣлью сохраненія въ цѣлости отсужденныхъ имуществъ или денежныхъ суммъ на случай отмѣны рѣшенія въ кассаціонномъ порядкѣ. Мѣры эти предпринимаются не иначе, какъ по *иниціативѣ отвѣтчика*, и въ этомъ заключается коренное различіе между правилами обѣихъ категорій (рѣшенія по дѣламъ первой категоріи не приводятся въ исполненіе ex officio, независимо отъ просьбы отвѣтчика). Отвѣтчикъ, противъ котораго рѣшеніе постановлено, можетъ подать просьбу о принятіи перечисленныхъ въ законѣ мѣръ въ апелляціонную инстанцію (мировой съѣздъ или судебную палату), постановившую рѣшеніе, или въ тотъ судъ, въ округѣ котораго оно исполняется, или же предсѣдателю сего суда, а въ двухъ случаяхъ непремѣнному члену мироваго съѣзда и исполняющему рѣшеніе судебному приставу; это зависитъ отъ усмотрѣнія отвѣтчика (ст. 814 и 814[1] уст. гр. суд.). Просьба эта можетъ быть подана и до принесенія кассаціонной жалобы, но, понятно, до истеченія кассаціоннаго срока (ст. 814). Предлагаемыя закономъ мѣры различны, смотря потому, постановлено ля рѣшеніе по искамъ *вещнымъ* или *личнымъ (денежнымъ)*. Къ этимъ мѣрамъ или распоряженіямъ суда примѣняются вообще правила объ обезпеченіи исковъ. Они заключаются въ слѣдующемъ: а) если рѣшеніемъ отсуждено спорное недвижимое имущество, то на послѣднее налагается запрещеніе «съ воспрещеніемъ вообще отчуждать или разрушать такіе предметы, которые считаются по закону принадлежностью имѣнія, и съ дозволе-

ніемъ истцу заключать по имѣнію договоры не иначе, какъ предваряя вступающаго въ договоръ, что сей послѣдній въ случаѣ постановленія рѣшенія о возвращеніи имѣнія отвѣтчику теряетъ силу» (ст. 814 п. 1). Съ наложеніемъ запрещенія истецъ, въ пользу котораго рѣшеніе постановлено и которому имѣніе передано, лишается возможности продать или заложить его, т. е. совершать такія дѣйствія, для коихъ необходима санкція правительственной власти (ст. 66 пол. о нот. части). Но какъ препятствовать истцу, напр., рубить лѣсъ въ имѣніи, продать его на срубъ, отчуждать находящіяся въ имѣніи строенія и проч., какъ движимое имущество (на сносъ и сломъ)? По этому вопросу имѣется только отчасти указаніе въ уставѣ гр. суд. Въ случаѣ наложенія запрещенія на спорное имѣніе, владѣльцу воспрещается рубка находящагося въ немъ лѣса . . . . въ этомъ случаѣ судъ можетъ, по просьбѣ истца, предоставить обѣимъ сторонамъ право учредить надъ лѣсомъ надзоръ (ст. 610 и 611 уст. гр. суд.). Такимъ образомъ, само по себѣ воспрещеніе истцу отчуждать или разрушать принадлежности имѣнія не имѣетъ никакой юридической санкціи и можетъ оказать свое воздѣйствіе лишь путемъ учрежденія надзора, нерѣдко весьма затруднительнаго и недостигающаго ожидаемыхъ результатовъ; но для этого опять нужна просьба заинтересованной стороны. Далѣе, третье лицо, заключая договоръ, напр., аренды съ лицомъ, коему имѣніе присуждено и передано, можетъ, по смыслу новаго закона, лишиться впослѣдствіи своихъ арендаторскихъ правъ, хотя оно дѣйствовало bona fide и не было предупреждено контрагентомъ о томъ, что въ случаѣ постановленія рѣшенія о возвращеніи имѣнія отвѣтчику договоръ теряетъ силу. По началамъ нашего права, перемѣна въ лицѣ собственника имѣнія не можетъ уничтожить отдѣльныхъ правъ третьяго лица, установленныхъ на имѣніи до перехода его къ другому лицу (ст. 514 и 521 X т. 1 ч.). Третье лицо вовсе не вступало бы въ договоръ, если бы знало, что онъ можетъ потерять впослѣдствіи всякую силу и значеніе. На этомъ основаніи слѣдовало бы въ случаѣ постановленія рѣшенія о возвращеніи имѣнія отвѣтчику предоставить ему отыскивать отъ истца убытки, происшедшіе отъ заключенія договора, но сей послѣдній долженъ бы сохранить свою силу, если, разумѣется, третье лицо не было предупреждено о будущей возможности уничтоженія договора; б) если рѣшеніемъ отсуждено спорное движимое имущество, которое представляетъ особую цѣнность по своему художественному, фамильному или иному внутреннему значенію, то на него налагается арестъ и оно отдается на храненіе. Такая же мѣра принимается относительно всякаго другого движимаго

имущества, но въ томъ лишь случаѣ, когда истецъ не представитъ обезпеченія въ размѣрѣ стоимости имущества (ст. 814 п. 2). Такимъ образомъ, на одно имущество арестъ налагается *безусловно*, на другое *условно*. Опредѣленіе свойства отсужденнаго имущества и разрѣшеніе вопроса о томъ, можетъ ли быть допущено обезпеченіе, въ какомъ видѣ и размѣрѣ, будетъ представлять нерѣдко затрудненія для суда и потребуетъ участіе экспертовъ, въ особенности при спорѣ сторонъ по этому предмету, что́, разумѣется, замедлитъ разрѣшеніе просьбы отвѣтчика. Было бы поэтому цѣлесообразнѣе, если бы постановлено было, въ видѣ общаго правила, что просьба отвѣтчика о принятіи той или другой изъ перечисленныхъ въ ст. 814 мѣръ подается въ апеляціонную инстанцію до постановленія рѣшенія. Тогда одновременно съ разрѣшеніемъ дѣла по существу было бы сдѣлано распоряженіе относительно исполненія его. Отъ этого значительно упростилось бы дѣлопроизводство, и исполнительный листъ выдавался бы одновременно съ принятіемъ той или другой изъ указанныхъ въ ст. 814 мѣръ; в) если рѣшеніе постановлено по искамъ *денежнымъ* (а не вещнымъ), то присужденная и взысканная сумма отсылается въ казначейство, или же, по просьбѣ которой либо стороны, въ государственное кредитное установленіе для покупки процентныхъ бумагъ; но это дѣлается въ томъ лишь случаѣ, когда истецъ не представитъ обезпеченія упомянутой суммы (ст. 814 п. 3). Въ связи съ этимъ находится установленный новымъ закономъ принципъ старшинства претензій. Лицо, въ пользу котораго денежная сумма взыскана и отослана въ казначейство или кредитное установленіе, имѣетъ право на преимущественное удовлетвореніе изъ этой суммы предъ всѣми другими кредиторами отвѣтчика. Старшинство считается не съ момента представленія судебному приставу исполнительнаго листа или полученія отвѣтчикомъ повѣстки объ исполненіи, а со времени представленія судебному приставу взысканной суммы (ст. 814[3]). Нашъ уставъ и судебная практика не дѣлаютъ различія между первымъ и послѣдующими, присоединившимися къ нему взыскателями: если взысканная сумма недостаточна для полнаго удовлетворенія всѣхъ предъявленныхъ ко взысканію претензій, она распредѣляется между всѣми кредиторами по соразмѣрности, и только ипотечные долги признаются привилегированными (ст. 956, 1214 и 1215 уст. гр. суд.). Положеніе это примѣняется и въ тѣхъ случаяхъ, когда на недвижимое имущество наложено запрещеніе и на движимое арестъ по иниціативѣ *перваго* взыскателя, обратившаго на это имущество взысканіе. На практикѣ нерѣдко бываетъ, что весь процессъ исполненія происхо-

дитъ по иниціативѣ и при участіи *одного* только взыскателя и уже въ самомъ концѣ этого процесса являются новые взыскатели и обращаютъ взысканіе на то же самое имущество или даже на деньги, вырученныя изъ продажи его. Мало того, если взыскатель почему либо не успѣлъ еще получить отъ судебнаго пристава уже взысканной суммы, она можетъ быть подвергнута распредѣленію, коль скоро явятся другіе кредиторы съ исполнительными листами. Едва ли такая система справедлива по отношенію къ первому взыскателю, и вотъ новый законъ стремится улучшить его положеніе. Но для достиженія намѣченной цѣли слѣдовало бы, по нашему мнѣнію, остановиться на другомъ моментѣ процесса исполненія для установленія старшинства претензій. Моментъ представленія денегъ судебному приставу — не совсѣмъ опредѣленный, а главное, слишкомъ поздній. Деньги могутъ поступать къ судебному приставу частями, періодически (напр. доходы, повременные платежи и выдачи, вычеты изъ жалованья и т. под.). Онѣ могутъ быть выручены изъ продажи недвижимаго или движимаго имущества отвѣтчика; такимъ образомъ, до поступленія всѣхъ суммъ къ судебному приставу въ процессъ исполненія могутъ вступать и другіе взыскатели и, слѣдовательно, первый взыскатель не будетъ пользоваться никакимъ преимуществомъ. Было бы по этому справедливѣе связать старшинство съ болѣе раннею стадіею процесса, а именно, со временемъ заявленія, сдѣланнаго взыскателемъ судебному приставу о приведеніи рѣшенія въ исполненіе или, по крайней мѣрѣ, со временемъ полученія отвѣтчикомъ повѣстки объ исполненіи (ст. 939 и 942).

По той же 814[5] ст. уст. гр. суд. и отвѣтчику, въ пользу котораго постановлено новое рѣшеніе (въ случаѣ отмѣны въ кассаціонномъ порядкѣ перваго рѣшенія), предоставлено право преимущественнаго удовлетворенія предъ всѣми другими кредиторами истца изъ суммы обезпеченія, представленной симъ послѣднимъ на основаніи п. 2 и 3. ст. 814. Такое право вытекаетъ изъ самаго понятія обезпеченія, гарантирующаго поворотъ исполненія.

Просьба объ отсылкѣ взысканной суммы въ казначейство или въ кредитное установленіе можетъ быть обращена въ къ судебному приставу, который, пріостанавливая выдачу денегъ истцу, представляетъ о семъ на разрѣшеніе предсѣдателя окружнаго суда (ст. 814[4]). Четвертая и пятая мѣры заключаются въ томъ, что апелляціонный судъ постановляетъ, по просьбѣ отвѣтчика, объ отсрочкѣ торга на недвижимое или движимое имущество, на которое обращено взысканіе; относительно движимаго имущества отсрочка допускается въ томъ

лишь случаѣ, когда оно представляетъ особую цѣнность по художественному, фамильному или иному внутреннему его значенію (ст. 814 п. 4 и 5). Публичная продажа имущества должника составляетъ самую реальную часть процесса исполненія; въ интересахъ истца получить удовлетвореніе возможно скорѣе вырученною изъ продажи суммою или самимъ имуществомъ. Публичной продажѣ недвижимаго имущества предшествуетъ цѣлый рядъ исполнительныхъ дѣйствій, изъ коихъ каждое совершается въ предѣлахъ довольно продолжительныхъ сроковъ и сопряжено съ значительными издержками, которыя ложатся на продаваемомъ имуществѣ. Отсрочка торга на недвижирое имущество весьма невыгодна и даже убыточна для истца, такъ какъ оно остается во владѣніи отвѣтчика (ст. 1128), который можетъ нерасчетливо эксплоатировать имѣніе, заключать по немъ договоры, принимать на себя разнаго рода обязательства и дѣлать долги, на удовлетвореніе которыхъ обращено будетъ впослѣдствіи взысканіе на то же имущество, такъ что сумма, вырученная изъ продажи его, будетъ распредѣляться между кредиторами, и первоначальный взыскатель получитъ лишь незначительную часть своего взысканія. Кромѣ того издержки по назначенію имѣнія въ продажу во второй или третій разъ, нерѣдко весьма значительныя, и накопившіяся на имѣніи недоимки будутъ покрываться изъ покупной суммы. Въ виду этого, было бы, мнѣ кажется, цѣлесообразнѣе ограничиться истребованіемъ отъ истца обезпеченія въ размѣрѣ стоимости или оцѣнки имѣнія и допустить отсрочку торга лишь въ случаѣ непредставленія такого обезпеченія (ср. п. 2. ст. 814).

Редакція ст. 814 имѣетъ императивный характеръ и потому указанныя въ ней мѣры *должны быть* приняты, коль скоро этого требуетъ отвѣтчикъ. Только въ двухъ случаяхъ мѣры эти *вовсе не могутъ* быть приняты, а именно: 1) когда рѣшеніемъ судебной палаты оставлено въ силѣ рѣшеніе окружнаго суда, обращенное къ предварительному исполненію безъ истребованія обезпеченія отъ истца, и 2) когда рѣшеніями обѣихъ инстанцій удовлетворены, вполнѣ или частью, исковыя требованія, присужденныя истцу при производствѣ дѣла въ упрощенномъ порядкѣ (ст. 814[1]). Законъ, очевидно, предполагаетъ, что рѣшеніе, обращенное къ предварительному исполненію и утвержденное апелляціонною инстанціею, представляется настолько безспорнымъ и основаннымъ на законѣ, что оно не будетъ отмѣнено въ кассаціонномъ порядкѣ и потому нѣтъ основанія ожидать поворота исполненія. Да и самые иски, по которымъ допускается предварительное исполненіе рѣшенія безъ истребованія отъ

истца обезпеченія, по свойству своему, весьма несложны, встрѣчаются въ судебной практикѣ чаще всякихъ другихъ исковъ, вызываются неотложными потребностями гражданскаго оборота, и всякое замедленіе въ исполненіи рѣшенія нанесло бы истцамъ невознаградимый ущербъ и отразилось бы неблагопріятно на частномъ и общественномъ кредитѣ (ср. ст. 737 уст. гр. суд.). Замѣчу, что хотя въ текстѣ статьи 814^{2} упоминается только о судебной палатѣ и окружномъ судѣ, тѣмъ не менѣе выраженное въ ней правило (п. 1) должно имѣть примѣненіе и къ мировымъ судебнымъ установленіямъ, такъ какъ по новому закону правила, изложенныя въ ст. 814—814^{6}, соблюдаются и при исполненіи рѣшеній мировыхъ съѣздовъ (ст. 184). Дѣла, по которымъ допускается упрощенный порядокъ производства, также по свойству своему несложны и безспорны (ст. 365^{1} уст. гр. суд. по прод. 1891 г.). Поэтому постановленныя въ этомъ порядкѣ рѣшенія объ удовлетвореніи исковаго требованія или объ отказѣ въ искѣ не подлежатъ обжалованію и приводятся немедленно въ исполненіе (ст. 365^{8} и 365^{21}); но, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ имѣютъ право, въ теченіе одного мѣсяца со дня объявленія рѣшенія, просить объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ; кромѣ того, отвѣтчикъ, противъ котораго рѣшеніе состоялось, вправѣ, въ извѣстныхъ случаяхъ, предъявить по общимъ правиламъ искъ объ освобожденіи его отъ отвѣтственности по присужденному требованію или объ обратномъ взысканіи уплаченной суммы (ст. 365^{20} и 365^{22}; см. выше «Объ упрощенномъ порядкѣ судопр.»). И здѣсь утвержденіе въ общемъ порядкѣ обѣими инстанціями, вполнѣ или частью, рѣшенія, постановленнаго въ упрощенномъ порядкѣ, служитъ достаточною гарантіею правомѣрности рѣшенія и отсутствія поводовъ къ отмѣнѣ его въ кассаціонномъ порядкѣ и къ повороту исполненія. Нѣтъ поэтому надобности въ принятіи мѣръ, перечисленныхъ въ ст. 814, тѣмъ болѣе, что отвѣтчикъ, противъ котораго постановлено рѣшеніе въ упрощенномъ порядкѣ, можетъ при самомъ принесеніи просьбы объ обращеніи дѣла къ производству въ общемъ порядкѣ или при предъявленіи иска на основаніи ст. 365^{22} уст. гр. суд. просить о пріостановленіи исполненія того рѣшенія (ст. 365^{23}). Новый законъ предусматриваетъ также случай, когда *пріостановленіе* исполненія рѣшенія зависитъ отъ *усмотрѣнія* постановившаго его апелляціоннаго суда, такъ что удовлетвореніе требованія отвѣтчика по сему предмету для суда необязательно. Исполненіе *можетъ* быть пріостановлено по просьбѣ отвѣтчика, если оно можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ такія измѣненія въ имуществѣ, послѣ которыхъ

приведеніе послѣдняго въ прежнее состояніе становится невозможнымъ или крайне затруднительнымъ (ст. 814[2]). Такія измѣненія могутъ имѣть мѣсто, если рѣшеніемъ постановлено, напр., о сносѣ или сломѣ строеній, объ уничтоженіи дорогъ, мостовъ, плотинъ, мельницъ и другихъ сооруженій. Разрѣшеніе вопроса о томъ, возможно ли будетъ, въ случаѣ отмѣны рѣшенія, привести имущество въ прежнее состояніе, или въ какой степени такая реституція будетъ затруднительна, предоставляется только суду, постановившему рѣшеніе, такъ какъ это относится къ существу дѣла. Только мѣры, указанныя въ ст. 814 и нами разсмотрѣнныя, могутъ быть приняты и тѣмъ судомъ, въ округѣ коего рѣшеніе исполняется, а также предсѣдателемъ этого суда (814[4]). Какъ эти мѣры, такъ и пріостановленіе исполненія рѣшенія, предусмотрѣнное въ ст. 814[2], могутъ имѣть мѣсто не иначе, какъ по просьбѣ заинтересованнаго лица, т. е. отвѣтчика.

Изложенныя нами правила объ обезпеченіи поворота исполненія и о пріостановленіи процесса исполненія, какъ мы уже замѣтили, не касаются дѣлъ, въ коихъ участвуетъ казенное управленіе; оно поставлено новымъ закономъ въ особое привилегированное положеніе. Рѣшеніе, постановленное противъ отвѣтчика - казеннаго управленія, по общему правилу, не имѣетъ исполнительной силы до истеченія срока на подачу кассаціонной жалобы, а если она подана, то до разрѣшенія ея (ст. 1295[1]); только по денежнымъ искамъ допускается исполненіе, если истецъ о томъ проситъ съ представленіемъ надлежащаго обезпеченія (прим. къ ст. 1295[1]).

Привилегированное положеніе казеннаго управленія проявляется еще въ томъ, что по тѣмъ дѣламъ, въ которыхъ оно является истцомъ, изъ всѣхъ мѣръ, перечисленныхъ въ ст. 814 (по новой редакціи), примѣняется лишь одна, а именно: отсрочка торга на недвижимое имѣніе, на которое обращено взысканіе (ст. 1295[2]). Однако, изъ этого общаго правила сдѣлано тутъ же исключеніе: относительно присужденнаго спорнаго недвижимаго имѣнія можетъ быть сдѣлано распоряженіе о воспрещеніи отчуждать его съ соблюденіемъ правилъ ст. 610 и 611 уст. гр. суд. и съ дозволеніемъ казенному управленію заключать по имѣнію договоры не иначе, какъ предваряя вступившаго въ договоръ, что сей послѣдній въ случаѣ постановленія рѣшенія о возвращеніи имѣнія отвѣтчику теряетъ силу (тамъ же; дефекты этого постановленія относительно частныхъ лицъ уже отмѣчены нами выше). Прерогативы, предоставляемыя новымъ закономъ казенному управленію, участвующему въ дѣлѣ въ качествѣ истца или отвѣтчика, не могутъ быть оправдываемы съ точки зрѣнія процессуальной равноправ-

ности сторонъ. Рѣшеніе, постановленное *противъ* казеннаго управленія, вовсе не приводится въ исполненіе впредь до осуществленія извѣстныхъ условій; рѣшеніе же, постановленное въ *пользу* казны, исполняется, по общему правилу, безъ всякихъ ограниченій, несмотря на то, что отъ такого исполненія можетъ послѣдовать для отвѣтчика невознаградимый ущербъ, напр., въ случаѣ передачи истцу спорнаго движимаго имущества, представляющаго особую цѣнность по своему художественному, фамильному или иному внутреннему значенію или въ случаѣ продажи такого имущества съ публичнаго торга, или если отъ исполненія могутъ произойти такія измѣненія въ имуществѣ, послѣ которыхъ реституированіе его окажется невозможнымъ или крайне затруднительнымъ. Если новый законъ нашелъ возможнымъ допустить отсрочку торга на недвижимое имѣніе, на которое обращено взысканіе казны, или установить ограниченіе относительно спорнаго недвижимаго имѣнія, присужденнаго казнѣ, то трудно себѣ объяснить, почему отвергнуты другіе не менѣе важные случаи исполненія рѣшенія.

Вводимыя новеллою 8 іюня правила, какъ первой, такъ и второй категоріи, имѣютъ примѣненіе только къ просьбамъ *о кассаціи* рѣшенія; просьбы же о пересмотрѣ рѣшенія, а также просьбы неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ объ отмѣнѣ рѣшенія не останавливаютъ исполненія его; только по просьбамъ о пересмотрѣ рѣшенія судебной палаты, постановленнаго противъ неявившагося къ слушанію дѣла отвѣтчика, мѣстожительства котораго не было указано, отъ судебной палаты зависитъ пріостановить исполненіе рѣшенія, если о томъ проситъ отвѣтчикъ (ст. 814[6]). Исключеніе двухъ видовъ просьбъ объ отмѣнѣ рѣшенія изъ дѣйствія новаго закона представляется весьма раціональнымъ въ виду того, что пріостановленіе процесса исполненія, какъ мѣра чрезвычайная, вызываемая крайнею необходимостью, должно быть по возможности стѣснено и ограничено. Для просьбъ о кассаціи рѣшеній, какъ извѣстно, установленъ положительный срокъ, который исчисляется со дня объявленія рѣшенія; для просьбъ же о пересмотрѣ и просьбъ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ срокъ этотъ исчисляется съ того дня, когда просителю сдѣлалось извѣстно новое обстоятельство, или когда вступилъ въ законную силу приговоръ уголовнаго суда о признаніи акта подложнымъ, или же когда рѣшеніе сдѣлалось просителю извѣстно (ст. 797 уст. гр. суд.). Такимъ образомъ промежутокъ времени отъ объявленія рѣшенія до принесенія просьбы о пересмотрѣ или просьбъ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ можетъ быть весьма продолжительный, даже до 10 лѣтъ (ст. 806), и пріостанавливать на все это время испол-

неніе рѣшенія, очевидно, невозможно: это было бы равносильно уничтоженію силы самого рѣшенія. Въ иномъ видѣ представляется просьба о пересмотрѣ, указанная въ п. 2 ст. 794: здѣсь 4-хъ-мѣсячный срокъ исчисляется со времени дѣйствительнаго полученія отвѣтчикомъ выписки изъ заочнаго рѣшенія или предъявленія повѣстки объ исполненіи (2 п. ст. 797) такъ, что срокъ почти тотъ же, какъ и для просьбъ о кассаціи рѣшенія, и поэтому отъ судебной палаты зависитъ, по просьбѣ отвѣтчика, пріостановить исполненіе рѣшенія. Такое правило существовало и прежде въ нынѣ измѣненной ст. 814 уст. гр. суд. Необходимо при этомъ замѣтить, что по просьбамъ о пересмотрѣ рѣшеній и просьбамъ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ исполненіе рѣшенія не только не пріостанавливается (въ ст. 814[6] употреблено выраженіе «не останавливаетъ»), но и не могутъ быть приняты мѣры, перечисленныя въ ст. 814, по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ не пріостанавливается исполненіе рѣшенія. Это подтверждается текстомъ ст. 814, въ которой прямо говорится о *кассаціонныхъ* жалобахъ или о просьбахъ о *кассаціи* рѣшенія. Точно также по просьбамъ о пересмотрѣ, указаннымъ въ п. 2 ст. 794, апеляціонная инстанція можетъ только *остановить* исполненіе рѣшенія, но не можетъ принимать мѣръ, перечисленныхъ въ ст. 814.

Всѣ разсмотрѣнныя нами правила, кромѣ тѣхъ, которыя касаются дѣлъ казеннаго управленія, примѣняются и къ рѣшеніямъ мировыхъ съѣздовъ, но не имѣютъ примѣненія къ окончательнымъ рѣшеніямъ мировыхъ судей вслѣдствіе малоцѣнности исковъ, по которымъ эти послѣднія рѣшенія постановляются (ст. 184 и прим. къ ст. 159 по новому закону).

Вдумываясь въ новеллу 8 іюня 1893 г., нельзя не замѣтить, что преслѣдуемая ею цѣль—а именно, предотвращеніе того ущерба, который грозитъ отвѣтчику отъ исполненія рѣшенія, въ случаѣ отмѣны сего послѣдняго, можетъ быть достигнута безъ особенно чувствительныхъ потерь для истца и безъ нарушенія его матеріальныхъ гражданскихъ правъ въ томъ лишь случаѣ, когда будетъ сокращенъ по крайней мѣрѣ на половину срокъ на принесеніе кассаціонныхъ жалобъ и когда разрѣшеніе этихъ жалобъ сенатомъ будетъ происходить вскорѣ послѣ ихъ поступленія. Только при этихъ двухъ условіяхъ возможенъ, по нашему мнѣнію, компромиссъ между принципомъ res judicata и послѣдствіями кассаціи. Всякому судебному дѣятелю извѣстно, что апеляціонныя и кассаціонныя жалобы, нерѣдко самыя несложныя, подаются, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, въ послѣдній день срока; это происходитъ отъ того, что къ составленію

жалобъ приступаютъ уже тогда, когда приближается окончаніе срока. За подачею кассаціонной жалобы происходитъ еще подготовительное производство въ апелляціонной инстанціи (сообщеніе копій, сношеніе съ судомъ 1-й степени о присылкѣ подлиннаго производства, извѣщеніе кассатора о днѣ врученія копіи и проч.), на что расходуется не мало времени. Наконецъ отъ поступленія дѣла въ сенатъ до разрѣшенія жалобы и до возвращенія производства въ судебное мѣсто, постановившее рѣшеніе, проходитъ нерѣдко годъ и болѣе. При такомъ движеніи кассаціоннаго процесса примѣненіе новаго закона отниметъ у окончательнаго судебнаго рѣшенія исполнительную санкцію на весьма долгое время и отразится вредно на экономическомъ оборотѣ. Съ сокращеніемъ кассаціоннаго срока (относительно рѣшеній мировыхъ съѣздовъ новымъ закономъ—ст. 191 уст. гр. суд.—кассаціонный срокъ сокращенъ до двухъ мѣсяцевъ) и съ ускореніемъ кассаціоннаго производства сократится время неизвѣстности окончательнаго исхода процесса и установляемыхъ имъ отношеній сторонъ. Ускореніе же кассаціоннаго производства обусловливается увеличеніемъ личнаго состава сената; конечно, для этого потребуется увеличеніе отпускаемыхъ на это учрежденіе изъ государственной казны средствъ, но въ дѣлѣ такой первостепенной важности, какъ правильное и своевременное возстановленіе и охраненіе гражданскихъ правъ, политика сбереженій не должна имѣть мѣста. Для цѣлесообразнаго примѣненія новеллы 8 іюня 1893 года настоятельно также необходимо, чтобы производство дѣла во второй инстанціи получило болѣе скорое направленіе и чтобы очередь доклада апеляціонныхъ дѣлъ наступала по возможности скоро послѣ ихъ поступленія. Для этого, разумѣется, должны быть значительно усилены личные составы судебныхъ палатъ, такъ какъ медленность въ производствѣ и разрѣшеніи ими дѣлъ происходитъ исключительно отъ крайняго несоотвѣтствія труда съ наличными рабочими силами палаты. Въ настоящее время очередь доклада дѣлъ въ палатѣ наступаетъ обыкновенно чрезъ годъ, а иногда и болѣе послѣ полученія дѣла отъ окружнаго суда. Если принять во вниманіе, что по многимъ дѣламъ предварительно разрѣшенія ихъ по существу постановляются частныя опредѣленія (напр., о допросѣ свидѣтелей, объ осмотрѣ и экспертизѣ и т. п.), что для исполненія этихъ опредѣленій дѣла направляются въ окружные суды по принадлежности, что отъ объявленія рѣшенія палаты до поступленія дѣла въ сенатъ, вслѣдствіе подачи кассаціонной жалобы, проходитъ по-крайней мѣрѣ полгода, что въ сенатѣ дѣло находится въ производствѣ годъ и болѣе, что въ случаѣ отмѣны рѣшенія дѣло поступаетъ

въ другую палату или въ другой департаментъ палаты для постановленія новаго рѣшенія, что этому послѣднему нерѣдко предшествуютъ *частныя* опредѣленія по частнымъ вопросамъ, изъ дѣла возникающимъ, принимая все это во вниманіе, станетъ до очевидности ясно, что самую насущную и живую потребность нашего общежитія далеко нельзя считать удовлетворенною и что судебная помощь нерѣдко является слишкомъ поздно и уже не въ состояніи устранить водворившуюся въ юридическихъ отношеніяхъ неправду. При такомъ положеніи вещей новый законъ, съ точки зрѣнія утилитарной, можетъ оказаться благопріятнымъ для одного только отвѣтчика, такъ какъ реализація постановленнаго противъ него рѣшенія въ однихъ случаяхъ отдаляется, въ другихъ ограничивается на неопредѣленное время. Такіе односторонніе результаты едва ли желательны и, конечно, не имѣлись въ виду составителями новеллы 8 іюня 1893 г. При этомъ необходимо еще указать на то, что и второе, новое рѣшеніе апелляціоннаго суда можетъ быть обжаловано въ кассаціонномъ порядкѣ (этимъ рѣшеніемъ можетъ быть постановлено, хотя и по другимъ соображеніямъ, или вслѣдствіе вновь представленныхъ доказательствъ то же самое, что и первымъ рѣшеніемъ, или же оно можетъ быть постановлено въ пользу отвѣтчика и притомъ съ поворотомъ исполненія); оно можетъ быть опять отмѣнено съ обращеніемъ дѣла для постановленія новаго рѣшенія и т. д. Возможно ли допустить, чтобы исполненіе рѣшенія останавливалось или ограничивалось вышеуказанными способами на цѣлые годы, словомъ, до тѣхъ поръ, пока кассаціонная жалоба не будетъ оставлена безъ послѣдствій. Въ новеллѣ нѣтъ прямаго указанія по этому вопросу. По моему мнѣнію, въ огражденіе правъ истца и интересовъ общественнаго кредита и въ виду того общаго положенія, что ограничительные законы истолковываются и примѣняются рестриктивно, слѣдуетъ подчинить дѣйствію новаго закона лишь *первыя* рѣшенія апеляціонной инстанціи; вторыя же и послѣдующія, въ случаѣ отмѣны перваго рѣшенія, должны приводиться въ исполненіе, не подвергаясь никакимъ ограниченіямъ и стѣсненіямъ. Для избѣжанія недоразумѣній по этому предмету было бы полезно затронутый нами вопросъ разрѣшить путемъ внесенія въ текстъ закона надлежащей поправки.

Вотъ все, что представлялось необходимымъ отмѣтить по поводу закона 8 іюня 1893 года. Жизнь и судебная практика, разумѣется, выдвинутъ новыя стороны закона, укажутъ на возбуждаемыя имъ сомнѣнія или на его недостатки, и путемъ интерпретаціи будутъ восполняться его пробѣлы и недомолвки.

Въ заключеніе считаемъ не лишнимъ указать, что новымъ закономъ оставлены въ сторонѣ окончательныя рѣшенія уѣздныхъ съѣздовъ и окружныхъ судовъ, дѣйствующихъ въ качествѣ апеляціонныхъ инстанцій: первые для волостныхъ судовъ, земскихъ начальниковъ и городскихъ судей; вторые для уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ. Такимъ образомъ одни судебныя рѣшенія сохраняютъ, какъ и прежде, неограниченную исполнительную силу, другія нѣтъ. А между тѣмъ, въ обоихъ случаяхъ основанія, вызвавшія изданіе новаго закона, одни и тѣ же: рѣшенія съѣздовъ могутъ быть отмѣнены губернскими присутствіями, рѣшенія окружныхъ судовъ сенатомъ. Если законодательство наше въ видахъ утилитарныхъ признало необходимымъ внести поправки въ процессъ исполненія рѣшенія мировыхъ съѣздовъ и судебныхъ палатъ, то почему же не распространены эти поправки и на рѣшенія другихъ вновь созданныхъ апелляціонныхъ судовъ? Эти послѣдніе не меньше первыхъ призваны охранять ближайшіе интересы и гражданскія права населенія и заслуживаютъ не меньшаго вниманія законодателя. Немедленная и ничѣмъ неограниченная реализація рѣшеній уѣздныхъ съѣздовъ и окружныхъ судовъ можетъ привести къ тѣмъ же нежелательнымъ результатамъ, въ предотвращеніе которыхъ собственно и изданъ новый законъ, въ особенности въ виду невысокаго уровня юридическаго развитія органовъ судебно-административныхъ учрежденій. Вотъ почему необходимо подчинить дѣйствію новаго закона и рѣшенія указанныхъ мѣстъ, чѣмъ, между прочимъ, уменьшится пестрота и многообразіе нашего современнаго гражданскаго процесса.

О СОКРАЩЕНІИ ПИСЬМЕННОЙ РАБОТЫ ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ СУДѢ.

I.

Не разъ указывалось въ печати, общей и спеціальной, на тяжелый, подчасъ непосильный трудъ, выпадающій на долю современныхъ нашихъ судебныхъ дѣятелей. Имѣемъ ли мы достаточно данныхъ для провѣрки правильности такого указанія? Если оно правильно, то какими мѣрами трудъ судьи можетъ быть сокращенъ и облегченъ безъ ущерба для юстиціи?

Типъ судьи, созданный судебными уставами императора Александра II, совмѣщаетъ въ себѣ черты, рѣзко отличающія его отъ типа дореформеннаго судьи. Между ними нѣтъ преемственности, они чужды другъ другу. Связь между прежнимъ и современнымъ судьями чисто внѣшняя, хронологическая, а не внутренняя, генетическая. Качество и количество труда прежняго и новаго судьи могутъ быть опредѣлены путемъ сравненія дѣятельности того и другого. Вспомнимъ, что двигателемъ прежняго судебнаго аппарата была *канцелярія* съ могущественнымъ, неутомимымъ *секретаремъ* во главѣ. Онъ былъ главнымъ, можно сказать, жрецомъ въ храмѣ Ѳемиды, всѣ нити дѣла были въ его рукахъ; онъ почти одинъ управлялъ всѣмъ движеніемъ процесса, склонялъ вѣсы правосудія въ ту или другую сторону, и, благодаря его опытности и проницательному уму, воздѣйствіе его на развязку дѣла было рѣшительно и неотразимо. Вспомнимъ знаменательныя «докладныя записки» или «экстракты», составлявшіеся въ канцеляріяхъ судебныхъ мѣстъ «съ присовокупленіемъ къ онымъ (какъ выражается законъ) приличныхъ законовъ»,—*докладъ* записки *присутствію*, состоявшій въ чтеніи ея секретаремъ,—и картина тогдашней юсти-

ціи ярко обрисовывается передъ нами. Единственною гарантіею того, что записка составлена правильно и безпристрастно, служила слѣдующая классическая формула, которая подписывалась авторомъ записки, т. е. секретаремъ: «Сія записка изъ дѣла учинена правильно и узаконенія приличныя означены всѣ, и болѣе приличныхъ узаконеній не имѣется, въ чемъ и подлежу отвѣтственности по законамъ за всякую неисправность» (ст. 461 X т. 2 ч. изд. 57 г.). Правда, законъ рекомендовалъ судьямъ «при докладѣ тяжебнаго дѣла прилежно наблюдать, дабы ничего изъ дѣла и изъ законовъ пропущено на было, и докладъ учиненъ былъ съ точностью, чистосердечно, и сходно съ истиною» (тамъ же, ст. 466). Но одного даже самаго усерднаго наблюденія мало. Для того, чтобы вѣрно судить о дѣлѣ, нужно воспринимать всѣ его составные, иногда весьма сложные элементы и вникнуть во всѣ его детали, нужно его изучить. Кто же изъ тогдашнихъ судей могъ состязаться съ всевѣдущимъ секретаремъ, вооруженнымъ сводомъ законовъ и всею его казуистикою, до совершенства искусившимся въ подъисканіи приличныхъ всевозможнымъ случаямъ законовъ? Едва ли ошибемся, если скажемъ, что догдашніе судьи, за немногими исключеніями, только *присутствовали* при докладѣ и рѣшеніи дѣла, только *слушали* чтеніе записки; дѣйствительнымъ же рѣшителемъ судебъ и носителемъ юстиціи былъ законовѣдъ-секретарь.

Совершенно другая картина открывается намъ въ современномъ судѣ. Судебными уставами «докладныя записки» изгнаны, и секретарь низведенъ на степень канцелярскаго чиновника, на обязанности котораго лежитъ исключительно *регистрація* дѣлъ, храненіе ихъ и исполненіе распоряженій предсѣдателя и суда по движенію процесса. Явился новый докладчикъ въ лицѣ *судьи*, изучающаго дѣло, образовалась судейская коллегія, подвергающая весь накопившійся по дѣлу матеріалъ юридическому анализу и постановляющая судебное рѣшеніе послѣ тщательнаго изслѣдованія дѣла. Центръ тяжести перемѣстился съ канцеляріи на судъ.

Изученіе дѣла, докладъ его и составленіе *мотивированнаго* рѣшенія требуютъ нерѣдко со стороны судьи весьма продолжительныхъ, напряженныхъ усилій ума. Вспомнимъ при этомъ великій принципъ самодѣятельности суда, провозглашенный впервые судебными уставами. Въ случаѣ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ судъ не вправѣ останавливать рѣшеніе дѣла, а обязанъ основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ (ст. 9, 10 уст. гр. суд.). Въ этомъ и заключается творческая, но вмѣстѣ съ тѣмъ весьма трудная роль современной судебной практики. Трудность эта объяс-

няется несовершенствомъ и отсталостью нашего матеріальнаго права, не дающаго прямого отвѣта на многіе запросы юридической жизни. Въ этомъ отношеніи положеніе русскаго судьи несравненно труднѣе положенія судьи на западѣ. Русскій судья, какъ извѣстно, тратитъ много времени и труда на то, чтобы разобраться въ законодательномъ матеріалѣ, классифицировать разсѣянныя по разнымъ мѣстамъ свода однородныя законодательныя опредѣленія и раскрыть общій смыслъ закона. Нашъ судья не всегда увѣренъ въ безошибочности постановляемаго имъ рѣшенія; оно можетъ быть несогласно съ какимъ-нибудь сенатскимъ разъясненіемъ или даже закономъ, скрывающимся въ многотомномъ сводѣ. Кто мало-мальски знакомъ съ нашею кассаціонною практикою, тотъ знаетъ, какъ много пробѣловъ оказывается въ нашемъ законодательствѣ, какъ часто приходится обращаться за помощью къ наукѣ права, пользоваться ея выводами, и какъ часто необходимо примѣнять логическій способъ толкованія закона, ибо буква, словесный его смыслъ неясенъ.

Такимъ образомъ дѣятельность нашего современнаго судьи требуетъ, кромѣ юридической подготовки и развитія, постояннаго почти напряженія силъ, и вѣрный своему назначенію судья совершенно лишенъ досуга, столь необходимаго въ каждой дѣятельности, а въ особенности судебной. Такое положеніе судьи вызываетъ необходимость изысканія средствъ, способныхъ сократить и облегчить судейскую работу безъ малѣйшаго ущерба для правосудія. Необходимо упростить формальную, *канцелярскую* сторону судейскаго труда, нужно исключить изъ дѣятельности судьи такія работы, которыя, отчасти по недоразумѣнію и присущей многимъ наклонности къ письменности, отчасти по предписанію закона переплетаются съ чисто судебными функціями и соединяются съ ними механически. Иначе мы рискуемъ со временемъ извратить идею *новаго* суда: внутреннее содержаніе и достоинство судейскаго труда будутъ принесены въ жертву формѣ и исправному соблюденію внѣшнихъ процессуальныхъ обрядовъ, самостоятельность сужденія, критическій разборъ фактовъ процесса уступятъ мѣсто канцелярскому формализму.

Вотъ почему всякая мѣра, направленная къ сокращенію и упрощенію труда судьи, въ отношеніи формы, является въ высшей степени полезною и плодотворною. Такою мѣрою слѣдуетъ безспорно признать законъ 26 мая 1887 года (ст. 711 уст. гр. суд. въ новой редакціи). Остановлюсь на этомъ законѣ нѣсколько подробнѣе. По ст. 711 уст. гр. суд. (прежней редакціи), судебное рѣшеніе, сверхъ указаннаго въ резолюціи, должно заключать въ себѣ: 1) краткое

изложеніе обстоятельствъ дѣла, съ приведеніемъ требованій тяжущихся и заключенія прокурора, если оно было дано; 2) соображенія суда и указаніе на законы, которыми онъ руководствовался... По новому же закону ст. 711 изложена такъ: «рѣшеніе, сверхъ указаннаго въ резолюціи, должно заключать въ себѣ: 1) приведеніе требованій тяжущихся и заключенія прокурора, если оно было дано; 2) соображенія суда съ приведеніемъ обстоятельствъ, на которыхъ рѣшеніе основано, и указаніе на законы, которыми судъ руководствовался».

Каждому судебному дѣятелю извѣстно, какую подчасъ утомительную и вмѣстѣ съ тѣмъ безплодную работу составляло исполненіе требованія закона, чтобы рѣшеніе заключало въ себѣ изложеніе обстоятельствъ дѣла. Не только сами тяжущіеся, но и многіе патентованные повѣренные не обладаютъ въ достаточной степени способностью составлять состязательныя и вообще судебныя бумаги отчетливо и коротко; въ нихъ нѣтъ логической группировки фактовъ и доводовъ; обстоятельства существенныя перемѣшаны съ обстоятельствами побочными или не имѣющими для дѣла никакого значенія, изложеніе растянутое, сбивчивое, иногда даже непонятное. Часто стороны не объясняютъ, съ какою цѣлью представляютъ тотъ или другой актъ, какое онъ долженъ имѣть значеніе для разрѣшенія спора. Во время производства дѣла возбуждаются нерѣдко разные частные вопросы, напр., объ отводахъ, объ обезпеченіи иска, о доказательствахъ, объ ихъ повѣркѣ и проч. По этимъ вопросамъ судъ постановляетъ частныя опредѣленія, на которыя въ указанныхъ закономъ случаяхъ приносятся частныя жалобы. Число бумагъ увеличивается, первоначальный, повидимому, несложный споръ о правѣ опутывается разными частными вопросами и производствами, и когда наступаетъ моментъ разрѣшенія спора, судъ имѣетъ передъ собою пеструю груду бумагъ, въ которыхъ разобраться чрезвычайно трудно. Нуженъ долголѣтній опытъ и зоркій глазъ, чтобы осилить этотъ разнородный, накоплявшійся въ теченіе продолжительнаго производства матеріалъ, различить годное отъ негоднаго, существенное отъ несущественнаго. Понятно, что докладывать такое дѣло *живымъ словомъ*, связно и отчетливо, весьма трудно, *чтеніе* же всѣхъ бумагъ въ хронологическомъ порядкѣ совершенно безполезно и не соотвѣтствуетъ той цѣли, для которой докладъ установленъ, не говоря уже о напрасной тратѣ времени. Но несравненно труднѣе *письменное* изложеніе всего наслоившагося въ дѣлѣ матеріала. Прежняя редакція ст. 711 уст. гр. суд. требовала краткаго изложенія въ рѣшеніи *обстоятельствъ дѣла*.

Обстоятельствами дѣла (Thatbestand) называются, какъ матеріальные поводы къ процессу, т. е. тѣ отношенія между тяжущимися, которыя предшествовали открытію процесса, такъ и факты самаго процесса, изъ которыхъ слагается исторія его, начиная съ перваго момента—предъявленія иска и до постановленія рѣшенія. Весь этотъ матеріалъ процесса, какъ фактическая основа рѣшенія, долженъ быть фиксированъ, судъ долженъ его имѣть въ виду при постановленіи рѣшенія (Малышевъ, курсъ т. I, стр. 410 и слѣд.). Судья, на обязанность котораго возлагалось изготовленіе рѣшенія въ *окончательной формѣ*, тратилъ много времени и силъ, чтобы привести весь фактическій матеріалъ процесса въ ясность, извлечь изъ него все существенное и изложить его такъ, чтобы изъ него логически вытекали тѣ выводы, къ которымъ пришелъ судъ въ своемъ рѣшеніи. Многіе судьи понимали свою задачу въ томъ смыслѣ, что въ рѣшеніи должно быть изображено *все то*, что ему предшествовало, хотя бы оно уже изложено было въ судебныхъ актахъ (напр., протоколахъ и частныхъ опредѣленіяхъ). Въ рѣшеніе вносились иногда цѣликомъ, напр., свидѣтельскія показанія, протоколы осмотра и освидѣтельствованія, письменныя заключенія свѣдущихъ людей, словесныя объясненія сторонъ, данныя въ судебномъ засѣданіи и записанныя въ протоколъ и т. д. Состязательныя бумаги и приложенные къ нимъ документы тоже вносились нерѣдко цѣликомъ, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда бумаги эти составлены были плохо и когда неизвѣстно было, для чего документъ представленъ. Такая работа, разумѣется, должна была утомлять составителя рѣшенія и отвлекать его вниманіе отъ самой главной части рѣшенія, заключающейся въ юридической оцѣнкѣ фактовъ. Законъ 26 мая 1887 г. освобождаетъ судей отъ изложенія въ рѣшеніи исторіи дѣла. Извѣстно, что логическую связь между требованіями сторонъ и заключеніемъ суда составляютъ его соображенія (мотивы). Судъ подвергаетъ критикѣ и оцѣнкѣ исковыя требованія, повѣряетъ основательность и неосновательность ихъ, съ одной стороны, собранными по дѣлу и заявленными сторонами *фактами*, съ другой—юридическими нормами, и въ результатѣ этой логической работы получается заключеніе суда, коимъ онъ признаетъ или отвергаетъ исковыя требованія. Въ этомъ собственно и заключается задача суда. Само собою разумѣется, что изслѣдуя матеріалъ процесса и обсуждая его, судъ отбрасываетъ все то, что индифферентно для дѣла, и останавливается только на тѣхъ данныхъ, которыя могутъ служить основаніемъ для того или другого заключенія. Поэтому въ рѣшеніи, по новой редакціи ст. 711, должны

заключаться три элемента: 1) требованія сторонъ, 2) соображенія суда, т. е. оцѣнка фактовъ и приложеніе къ нимъ юридическихъ нормъ, 3) резолюція, т. е. окончательный выводъ, составляющій сущность рѣшенія. При *постановленіи* рѣшенія судъ, конечно, долженъ имѣть въ виду весь матеріалъ процесса, все то, что приведено и высказано было сторонами и изслѣдовано судомъ (ст. 339, 456 уст. гр. суд.); но когда рѣшеніе уже постановлено, когда судъ приступаетъ къ *письменному изложенію мотивовъ* этого рѣшенія, онъ вноситъ въ послѣднее лишь тѣ факты, доводы, доказательства и положенія объективнаго права, на которыхъ рѣшеніе основано (2 п. ст. 711 по новой редакціи). Нѣтъ никакого основанія опасаться, что въ виду новаго закона судъ можетъ игнорировать факты, подтверждающіе или опровергающіе требованія тяжущихся. *Во-первыхъ*, прежній порядокъ изложенія рѣшеній нисколько не обезпечивалъ полноты и всесторонности *обсужденія*: часто въ первой части рѣшенія исторія дѣла излагалась самымъ обстоятельнымъ образомъ, а вторая часть рѣшенія, такъ называемые Entscheidungsgründe, мотивы, стояла какъ бы особнякомъ отъ предыдущаго; между обѣими частями не было внутренней органической связи; вторая часть не содержала въ себѣ критическаго разбора всего изложеннаго въ первой части, а въ ней указывалось лишь на нѣкоторые доводы, обстоятельства и законы, коими судъ руководствовался при постановленіи рѣшенія, такъ что, несмотря на значительный объемъ изложеннаго на письмѣ рѣшенія, мотивы его могли быть весьма кратки и даже односторонни и неубѣдительны. *Во-вторыхъ*, если бы судъ упустилъ изъ виду нѣкоторыя существенныя обстоятельства, то сторона, недовольная рѣшеніемъ, можетъ обжаловать таковое высшему суду.

Законъ 26 мая, какъ мы видѣли, совершенно справедливо выдвигаетъ на первый планъ *аргументацію* рѣшенія, имѣющую своимъ источникомъ матеріалъ процесса и систему положительнаго права. Правда, изложеніе рѣшеній по новой редакціи ст. 711 встрѣчало на первыхъ порахъ нѣкоторыя затрудненія со стороны судей, свыкшихся съ прежнею системой изложенія рѣшеній. Имъ казалось неудобнымъ начать изложеніе прямо съ соображеній суда, съ юридическаго разбора фактовъ процесса. Но прошло немного времени, и судебные дѣятели убѣдились въ достоинствахъ новой системы, дающей возможность посвящать все вниманіе самой серьезной части судейскаго труда—аргументаціи рѣшенія. Не подлежитъ сомнѣнію, что при дѣйствіи новаго закона изложенное на письмѣ судебное рѣшеніе, сократившись въ объемѣ, обогатилось внутреннимъ содержаніемъ, возвысилось качественно и пріобрѣло больше вѣскости и убѣдительности.

Говоря о законѣ 26 мая, слѣдуетъ замѣтить, что редакція его возбуждаетъ недоумѣніе относительно рѣшеній мировыхъ учрежденій. По этому закону ст. 181 уст. гр. суд. дополнена слѣдующимъ правиломъ: «рѣшенія мировыхъ съѣздовъ излагаются порядкомъ, указаннымъ въ ст. 142»... (ст. 181), а ст. 142 требуетъ, чтобы рѣшеніе мироваго судьи заключало въ себѣ между прочимъ *краткое изложеніе обстоятельствъ дѣла*. Такимъ образомъ, мировыя судебныя установленія обязаны попрежнему излагать въ своихъ рѣшеніяхъ обстоятельства дѣла. Намъ неизвѣстно, что именно побудило законодателя оставлять порядокъ изложенія рѣшеній мировыхъ установленій въ прежнемъ видѣ. По нашему мнѣнію, если законъ 26 мая стремится сократить трудъ судей при изложеніи рѣшеній на письмѣ, то мировыя установленія, по самому характеру ихъ дѣятельности, столько же, если не болѣе, нуждаются въ упрощеніи и сокращеніи письменныхъ работъ, сколько общіе суды. Слѣдовало бы, поэтому, распространять новую редакцію судебныхъ рѣшеній и на мировыя установленія, сдѣлавъ соотвѣтствующее измѣненіе въ ст. 142 уст. гр. суд. [1]).

II.

Укажу теперь на другія мѣры, которыя могли бы быть приняты нашею судебною практикою съ цѣлью сокращенія письменныхъ работъ судей безъ малѣйшаго вреда для правосудія.

Судебное рѣшеніе, какъ извѣстно, составляется: а) въ формѣ резолюціи, содержащей въ себѣ опредѣлительную часть или сущность рѣшенія, т. е. послѣдній выводъ суда, регулирующій спорное отношеніе, и б) въ формѣ рѣшенія въ тѣсномъ смыслѣ, представляющаго собою *мотивированную* резолюцію (ст. 701 и 711 уст. гр. суд.). Резолюція, по общему правилу, провозглашается въ томъ же засѣданіи, въ которомъ разсмотрѣно дѣло, рѣшеніе же «въ окончательной формѣ» изготовляется въ опредѣлевный срокъ со дня провозглашенія резолюціи (ст. 700, 702, 713). Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что судъ вправѣ *въ одно и то же время* составить резолюцію и рѣшеніе, т. е. написать мотивировинную резолюцію вслѣдъ за выслушаніемъ дѣла въ томъ же засѣданіи. Это даже полезно и желательно, какъ практическій пріемъ, значительно сокращающій письменную работу судей (такого же взгляда держится проф. Малышевъ

---

[1]) Рѣшенія земскихъ начальниковъ и городскихъ судей излагаются согласно закону 26 мая (ст. 94 Правилъ).

въ курсѣ т. I, стр. 408 и 414). Уставъ гражд. судопр., какъ и прежнія судопроизводственныя правила, отдѣляетъ моментъ написанія резолюціи отъ момента изготовленія рѣшенія, въ видахъ собственно практическихъ удобстоъ. По дѣламъ, болѣе или менѣе сложнымъ, въ особенности, когда словесное состязаніе сторонъ вноситъ много новаго въ матеріалъ процесса, почти невозможно требовать, чтобы судъ въ томъ же засѣданіи *изготовлялъ* рѣшеніе въ собственномъ смыслѣ. Это крайне утомляло бы судей, затягивало бы засѣданіе, и, что всего важнѣе, дало бы въ результатѣ неудовлетворительно составленныя судебныя рѣшенія, какъ по аргументаціи, такъ и въ отношеніи редакціонномъ. Но по дѣламъ простымъ, несложнымъ (напр., денежные иски по долговымъ обязательствамъ) и по всѣмъ почти *неисковымъ* дѣламъ, которыя по самому свойству своему не представляютъ затрудненій въ немедленномъ постановленіи опредѣленія или рѣшенія,— резолюція и соображенія суда могутъ быть слиты вмѣстѣ въ одномъ и томъ же актѣ. Изложеніе резолюціи и мотивовъ *вмѣстѣ* представляетъ большія удобства. Членъ-докладчикъ, изучая дѣло, можетъ *заранѣе* приготовить проектъ мотивированной резолюціи, которая затѣмъ, если обстоятельства дѣла не измѣнятся въ самомъ засѣданіи и если судьи согласны съ мнѣніемъ докладчика, утверждается подписями всѣхъ участвующихъ въ засѣданіи судей. Продолжительность судебнаго засѣданія и письменная работа судей значительно сокращаются, а вмѣстѣ съ тѣмъ ускоряется самое производство дѣла и, что всего важнѣе, исполненіе судебнаго постановленія.

Точно также законъ не препятствуетъ соединять одновременно въ одномъ и томъ же судебномъ актѣ резолюцію и соображенія по частнымъ вопросамъ, изъ дѣла возникающимъ. По этимъ вопросамъ судъ постановляетъ *частныя* опредѣленія, которыя должны заключать въ себѣ означеніе дѣла, по коему они состоялись, соображенія и резолюціи суда (ст. 705 и 712 ст. гр. суд.). И здѣсь уставъ отдѣляетъ моментъ написанія резолюціи отъ момента написанія опредѣленія по соображеніямъ чисто практическимъ, но нѣтъ основанія предполагать, что составленіе мотивированной резолюціи или соединеніе въ одно резолюціи и соображеній противно закону. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ это не представляетъ никакихъ затрудненій, а, напротивъ, ускоряетъ производство и сокращаетъ письменную работу судей. Такъ, напр., частныя опредѣленія объ обезпеченіи иска, о допросѣ свидѣтелей, о повѣркѣ доказательствъ, объ отводахъ и проч., за весьма рѣдкими исключеніями, могутъ быть по простотѣ своей изготовляемы въ *окончательной формѣ* всегда за выслушаніемъ доклада. По моему

мнѣнію, въ этихъ случаяхъ совершенно достаточно сдѣлать въ резолюціи ссылку на соотвѣтствующія статьи закона. Такая резолюція и будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ частнымъ опредѣленіемъ. Многіе суды такъ и практикуютъ. Нѣкоторые суды идутъ еще далѣе: они ограничиваются въ этихъ случаяхъ постановленіемъ одной резолюціи безъ ссылки на законъ.

Есть много процессуальныхъ дѣйствій, совершаемыхъ судомъ въ теченіе производства дѣла, по которымъ никакихъ «судебныхъ постановленій» закономъ не требуется и которыя тѣмъ не менѣе нерѣдко облекаются въ форму резолюцій и опредѣленій. Сюда относятся, напр., распоряженія суда объ отсрочкѣ доклада и разсмотрѣнія дѣла, о предоставленіи сторонамъ представить письменныя объясненія, о назначеніи срока для представленія документовъ и доказательствъ (ст. 356, 357, 262 и 368 уст. гр. суд.), объ отсрочкѣ дѣла и о назначеніи срока для письменнаго изложенія встрѣчнаго иска (ст. 341 и 342), распоряженія о томъ, чтобы тяжущіеся представили свои объясненія отдѣльно по каждому требованію или предмету (ст. 336), объ исключеніи дѣла изъ очереди (ст. 718 п. 3), и т. под. Такія распоряженія суда могутъ быть записываемы, по моему мнѣнію, одни въ журналъ засѣданія, другія въ составляемый по дѣлу протоколъ. Въ журналѣ могутъ быть отмѣчаемы распоряженія суда объ отсрочкѣ доклада и разсмотрѣнія дѣла и о причинахъ такой отсрочки, а также объ исключенія дѣла изъ очереди (ст. 163, п. 4 учр. суд. устан); всѣ же другія распоряженія суда, не разрѣшающія того или другаго вопроса права, а относящіяся главнымъ образомъ къ внѣшней, дѣлопроизводственной сторонѣ процесса (напр., о назначеніи срока для производства какихъ-либо процессуальныхъ дѣйствій, о выдачѣ свидѣтельства для полученія нужныхъ для дѣла свѣдѣній или документовъ, о представленіи къ извѣстному сроку денегъ, необходимыхъ для посылки повѣстокъ, для командированія судей и т. д.), могутъ быть заносимы въ протоколъ.

Надо замѣтить, что *общіе* протоколы (въ отличіе отъ *особыхъ* протоколовъ, напр., о примиреніи, по спору о подлогѣ акта, заявленному словесно въ засѣданіи суда и др.) по гражданскимъ дѣламъ потеряли на практикѣ значеніе судебнаго акта въ строгомъ смыслѣ; составленіе этихъ протоколовъ обратилось въ большинствѣ случаевъ въ простую формальность, не имѣющую для дѣла никакого значенія. Это въ особенности замѣтно по дѣламъ простымъ и несложнымъ, когда постановляется заочное рѣшеніе, или когда стороны, явясь въ засѣданіе, ограничиваются повтореніемъ того, что уже изложено въ

состязательныхъ бумагахъ. Въ протоколахъ по этимъ дѣламъ почти всегда встрѣчаются слѣдующія стереотипныя выраженія: «истецъ поддерживалъ свой искъ»; «отвѣтчикъ просилъ въ искѣ отказать». Вообще содержаніе протоколовъ по гражданскимъ дѣламъ весьма бѣдное и однообразное. Въ нихъ обыкновенно обозначается лишь, кто докладывалъ дѣло, кто изъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ явился въ засѣданіе, перечисляются представленныя сторонами въ засѣданіи бумаги и указывается день, назначенный для изготовленія рѣшенія или опредѣленія. А по дѣламъ *охранительнымъ* или *неисковымъ*, которыя большею частью слушаются въ отсутствіе сторонъ или просителей, составленіе протокола представляется уже совершенно безполезнымъ, а служитъ только напраснымъ обремененіемъ для судей и канцеляріи. Поэтому было бы, кажется, раціонально отмѣнить составленіе протоколовъ по всѣмъ дѣламъ, когда они разсматриваются въ отсутствіе сторонъ или просителей.

Во всякомъ случаѣ, какъ я уже сказалъ, въ протоколъ судебнаго засѣданія могутъ быть записываемы упомянутыя выше *распорядительныя* постановленія суда съ ссылкою на соотвѣтствующія статьи закона, подобно тому, какъ это установлено относительно уголовныхъ дѣлъ (ст. 836 п. 8 уст. уг. суд.), и никакихъ другихъ особыхъ резолюцій и опредѣленій не требуется.

Указанными мѣрами далеко не исчерпываются средства, могущія облегчить тяжелый трудъ судей, не вредя отправленію правосудія. Я остановился только на болѣе простыхъ мѣрахъ или, вѣрнѣе, практическихъ пріемахъ, которые могутъ быть усвоены судебною практикою безъ малѣйшаго нарушенія формъ и обрядовъ судопроизводства. Я желалъ также выяснить значеніе закона 26 мая 1887 года съ точки зрѣнія сокращенія судейскаго труда. Польза отъ сокращенія письменности въ судахъ несомнѣнна. У судей явится досугъ, который они будутъ посвящать внимательному изученію права и подлежащихъ ихъ разрѣшенію конкретныхъ случаевъ. Судебная практика тогда дѣйствительно займетъ подобающее ей мѣсто, будетъ восполнять путемъ правомѣрной интерпретаціи пробѣлы нашего законодательства и служить богатымъ источникомъ для его усовершенствованія и дальнѣйшаго роста.

ПРОИЗВОДСТВО КОНКУРСНЫХЪ ДѢЛЪ ВЪ ОКРУЖНЫХЪ СУДАХЪ.

Каждому юристу-практику приходится нерѣдко останавливаться въ недоумѣніи передъ тѣмъ или другимъ вопросомъ изъ области конкурснаго процесса, не разрѣшеннымъ въ нашемъ конкурсномъ законодательствѣ. Положеніе судьи въ этихъ случаяхъ далеко не завидное. Онъ долженъ творить судъ, онъ обязанъ такъ или иначе разрѣшать восходящіе на обсужденіе его вопросы съ цѣлью охраненія гражданскихъ правъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣятельность его ограничена предѣлами положительнаго закона, а этотъ послѣдній на многія предъявляемыя дѣйствительною жизнью требованія не даетъ отвѣта. Нашъ конкурсный процессъ, какъ извѣстно, не отвѣчаетъ, съ одной стороны, современнымъ условіямъ кредита, съ другой—не даетъ надежныхъ средствъ защиты противъ злоупотребленій кредита и проистекающихъ отсюда правонарушеній. Уже давно въ обществѣ и въ правительственныхъ сферахъ чувствуется крайняя необходимость замѣнить старый, отжившій конкурсный процессъ новымъ; для этой цѣли учреждались коммиссіи, составлялись законодательные проекты,—однако едва ли можно разсчитывать на появленіе новаго конкурснаго устава въ ближайшемъ будущемъ. На неудовлетворительность дѣйствующихъ законовъ о несостоятельности указывалось не разъ въ юридической литературѣ, выводились наружу всѣ почти недуги и язвы конкурсныхъ дѣлъ, были попытки найти въ законѣ средства борьбы съ этими хроническими недугами, но напрасно! можно смѣло сказать, что они не только не ослабѣваютъ, но даже съ каждымъ годомъ усиливаются и подтачиваютъ общественный кредитъ. Недостатки конкурснаго процесса выдвигаются съ особенною яркостью при производствѣ конкурсныхъ дѣлъ въ окружномъ судѣ. Если сравнить нашъ конкурсный

уставъ съ формально - процессуальной стороны съ уставомъ гражд. суд., то больше всего поражаетъ крайнее несоотвѣтствіе между ними и различіе принциповъ: въ конкурсномъ процессѣ господствуетъ слѣдственно - ревизіонный принципъ, въ гражданскомъ—состязательное начало; въ первомъ къ частно-правовому отношенію присоединяется элементъ общественно-публичный (нарушеніе общественнаго довѣрія или кредита и охрана его), во второмъ—объектомъ судебнаго изслѣдованія отъ начала до конца служитъ единственно частное гражданско-правовое отношеніе. Отсюда двойственная, а вмѣстѣ съ тѣмъ крайне неопредѣленная роль гражданскаго суда, дѣйствующаго на основаніи судебныхъ уставовъ Императора Александра II, при производствѣ конкурсныхъ дѣлъ. Окружный судъ, до момента объявленія кого - либо несостоятельнымъ, остается на почвѣ состязательнаго процесса; онъ разсматриваетъ дѣло въ предѣлахъ требованій кредиторовъ и должника и представленныхъ ими доказательствъ, и вообще дѣйствуетъ на основаніи правилъ уст. гр. суд. (ст. 27 уст. гр. суд. и пун. 2 ст. 42 уст. судопр. торг., изд. 1893 г.). Послѣ же объявленія несостоятельности, когда возникаетъ собственно конкурсное производство, тотъ же судъ является въ роли надзирающей и ревизіонной по отношенію къ конкурсному управленію инстанціи. Долгое время въ судебной практикѣ господствовало воззрѣніе, что контролирующая дѣятельность окружныхъ судовъ возбуждается не иначе, какъ по просьбѣ кредиторовъ или должника, и что судъ самъ ex officio не обязанъ проявлять свое право надзора по отношенію къ конкурснымъ управленіямъ. Такое мнѣніе опиралось главнымъ образомъ на текстъ ст. 16 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд., по которой окружный судъ можетъ требовать отъ конкурснаго управленія свѣдѣній о положеніи конкурснаго дѣла и производить ревизію дѣйствій управленія *по ходатайству кредиторовъ или должника*. Составители правилъ 1 іюля 1868 года о производствѣ дѣлъ о несостоятельности въ окружныхъ судахъ, очевидно, остались вѣрны состязательному принципу, легшему въ основу дѣятельности новыхъ судовъ. И дѣйствительно: дѣла о несостоятельности сохраняютъ свой частно-правовой характеръ до тѣхъ поръ, пока не обнаруживаются «улики или доказательства злостной несостоятельности». Въ дѣлахъ этихъ непосредственно заинтересованы *частныя* лица: кредиторы и должникъ; слѣдовательно, активное вмѣшательство судебной власти должно бы возбуждаться не иначе, какъ по иниціативѣ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ. Но правительствующій сенатъ и затѣмъ уставъ о несостоятельности (изд. 1893 г.) совершенно сравниваютъ окружные суды

съ коммерческими судами въ отношеніи надзора за конкурсами. Окружнымъ судамъ «предоставляется блюстительная надъ конкурсами власть съ тѣмъ, чтобы они имѣли полное право требовать точнаго исполненія возложенныхъ на конкурсное управленіе обязанностей съ лицъ, управленія сіе составляющихъ, за упущенія подвергать ихъ пенямъ и предавать въ важныхъ случаяхъ суду» (ст. 538 уст. судопр. торг.). Всѣ мѣры, постановленныя уставомъ о несостоятельности изд. 1857 г. (ст. 1918). «для вящшаго обезпеченія надзора» *коммерческихъ судовъ* за дѣлопроизводствомъ въ конкурсахъ, распространены въ новомъ изданіи устава на окружные суды. Имъ предоставляется право требовать отъ конкурсныхъ управленій свѣдѣній и срочныхъ вѣдомостей о теченіи конкурснаго дѣла; они могутъ, если въ конкурсномъ управленіи замѣтятъ неустройства, отряжать одного изъ членовъ... для обревизованія такого конкурса; имъ вмѣняется въ обязанность, въ случаѣ неокончанія конкурсомъ дѣла въ $1 \frac{1}{2}$ года отъ времени публикаціи, требовать отъ конкурснаго управленія, не ожидая со стороны кредиторовъ или должника жалобы, свѣдѣній о причинахъ неокончанія дѣла... (ст. 539 уст. суд. торг., изд. 1893 г.). По тому же закону, предсѣдатель и кураторы, виновные въ медленности, подвергаются взысканіямъ, въ общихъ законахъ постановленнымъ; а въ случаѣ неисполненія предписаній судовъ или какихъ-либо злоупотребленій предоставляется судамъ предавать ихъ суду и преслѣдованію по законамъ съ отрѣшеніемъ отъ званія предсѣдателя и кураторовъ...» (см. также рѣш. общ. собр. кас. деп. 1886 г.. № 34). Такимъ образомъ, окружному и при томъ гражданскому суду при производствѣ конкурсныхъ дѣлъ присвоивается карательная власть по отношенію къ членамъ конкурснаго управленія: подвергать ихъ «пенямъ», и взысканіямъ, въ общихъ законахъ постановленнымъ (но какимъ именно взысканіямъ, въ законѣ не указано), предавать ихъ суду и отрѣшать отъ званія предсѣдателя и кураторовъ; гражданскому суду, слѣдовательно, присвоиваются функціи суда уголовнаго, при чемъ законъ не указываетъ, въ какомъ порядкѣ всѣ эти карательныя мѣры предпринимаются и исполняются. Но во всякомъ случаѣ едва ли возможно допустить, чтобы всѣ эти дѣйствія совершались судомъ въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства. Здѣсь мы опять наталкиваемся на несогласованность упомянутыхъ постановленій съ ст. 16 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд., на основаніи которой предсѣдатель и кураторы, а также присяжные попечители, въ случаѣ отступленія отъ установленныхъ правилъ, подвергаются по опредѣленію суда, *въ дисциплинарномъ порядкѣ*, вычету изъ слѣдуемаго имъ воз-

награжденія, не свыше, однако, четвертой части онаго, а за болѣе важныя преступленія должности означенныя лица предаются суду судебными палатами и судятся окружными судами, согласно ст. 1077 и слѣд. уст. уг. суд. Спрашивается, вправѣ ли окружный судъ налагать на членовъ конкурснаго управленія другія взысканія кромѣ указаннаго въ упомянутой 16 ст.? Съ одной стороны, согласно 1 ст. означеннаго прил., дѣла о несостоятельности производятся въ окружныхъ судахъ по правиламъ устава торговаго, *насколько они не измѣнены правилами 1 іюля 1868 г.* о производствѣ дѣлъ о несостоятельности (прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.; рѣш. общ. собр. кас. деп., № 34—1886 г.), карательная же власть окружныхъ судовъ ограничена предѣлами упомянутой ст. 16,—съ другой же стороны, въ новомъ изданіи уст. о несост. окружные суды во всемъ сравнены съ коммерческими судами относительно права надзора надъ конкурсомъ со всѣми его послѣдствіями. Есть ли это только кодификаціонное измѣненіе (въ такомъ случаѣ оно не имѣетъ силы закона), или же оно имѣетъ характеръ законодательнаго постановленія и, слѣдовательно, для окружныхъ судовъ обязательное? Въ послѣднемъ случаѣ, т. е. если окружные суды имѣютъ право и обязаны подвергать членовъ конкурснаго управленія, между прочимъ, и денежнымъ взысканіямъ (пенямъ), то является вопросъ, въ какомъ порядкѣ это денежное взысканіе налагается, постановляется ли судомъ по этому предмету рѣшеніе или частное опредѣленіе, подлежитъ ли оно обжалованію со стороны членовъ конкурса и въ какомъ порядкѣ, въ апелляціонномъ или частномъ, и наконецъ, какое назначеніе получаетъ наложенное денежное взысканіе или штрафъ: поступаетъ ли онъ въ казну или въ конкурсную массу? Сомнѣнія эти закономъ не разрѣшаются, и насколько намъ извѣстно, они не разъяснены сенатомъ. Правда, относительно коммерческихъ судовъ мы встрѣчаемъ въ законѣ нѣкоторыя, хотя и неясныя, указанія по этому предмету; но нѣтъ никакого основанія распространять ихъ и на окружные суды. Въ силу прим. къ ст. 53 уст. судопр. торг. изд. 1893 г. (примѣчаніе это замѣняетъ собою прим. къ ст. 1917 уст. о торг. несост., изд. 1857 г.), упущенія членовъ конкурсныхъ управленій сравнены съ упущеніями полиціи по вексельнымъ взысканіямъ; въ случаѣ обвиненія и наложенія на нихъ коммерческимъ судомъ денежныхъ взысканій, имъ, т. е. членамъ конкурса, какъ и чинамъ полиціи, предоставляется право апелляціи въ правительствующій сенатъ. А ст. 18 прил. къ ст. 105 уст. о векс., изд. 1893 г., постановляетъ, что взысканія, присуждаемыя коммерческими судами съ чиновниковъ полиціи, за упу-

щенія по вексельнымъ взысканіямъ, поступаютъ въ пользу истца, причемъ судомъ постановляется *рѣшительное опредѣленіе*. Слѣдовательно, и денежныя взысканія, налагаемыя на членовъ конкурснаго управленія, должны бы, по аналогіи, поступить въ пользу кредиторовъ, т. е. въ конкурсную массу. Но, повторяемъ, правила эти касаются только коммерческихъ, а не окружныхъ судовъ, такъ что торговый уставъ, вмѣняя окружнымъ судамъ въ обязанность карать членовъ конкурса за упущенія, не указываетъ однако порядка наложенія взысканій и совершенно умалчиваетъ о правѣ и порядкѣ обжалованія.

Но не одно право надзора окружныхъ судовъ при производствѣ конкурсныхъ дѣлъ возбуждаетъ серьезныя сомнѣнія. Намъ извѣстно немало случаевъ изъ судебной практики окружнаго суда, для разрѣшенія которыхъ мы не находимъ въ законѣ руководящихъ правилъ и которые наглядно иллюстрируютъ неудовлетворительное состояніе нашего конкурснаго процесса. Вотъ одинъ характерный случай.

Окружный судъ объявилъ лицо несостоятельнымъ должникомъ торговымъ и вмѣстѣ съ тѣмъ, согласно требованію закона, постановилъ о производствѣ публикаціи о несостоятельности. Обыкновенно одновременно съ подачею должникомъ или его кредиторами прошенія о признаніи или объявленіи несостоятельности представляются деньги на публикацію: безъ этого судъ обыкновенно не приступаетъ къ разсмотрѣнію и разрѣшенію просьбы (хотя онъ едва ли уполномоченъ на это закономъ; судъ при наличности извѣстныхъ, указанныхъ въ законѣ, условій объявляетъ должника несостоятельнымъ—*немедленно:* ст. 502 уст. суд. торг., ст. 26 и 27 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Въ разсматриваемомъ случаѣ деньги на публикацію не были представлены и послѣдняя произведена не была. Кредиторами должника, по ходатайству которыхъ послѣдовало объявленіе его несостоятельнымъ, состояли разныя кредитныя установленія. Къ дѣламъ несостоятельнаго назначенъ былъ присяжный попечитель. Затѣмъ, черезъ нѣкоторое время всѣ заимодавцы несостоятельнаго (кредитныя установленія)заявили суду ходатайство объ исключеніи ихъ изъ числа кредиторовъ, такъ какъ они получили удовлетвореніе. Можетъ ли судъ прекратить дѣло о несостоятельности? Казалось бы, что можетъ, такъ какъ при отсутствіи долговъ или «заимодавцевъ» дальнѣйшее существованіе конкурснаго производства лишено основанія. Въ такомъ смыслѣ разрѣшенъ этотъ вопросъ правительствующимъ сенатомъ по IV деп. (Носенко, Сборникъ, т. III № 605, стр. 461—462). Это положеніе можно бы, кажется, считать безспорнымъ, если бы о несо-

стоятельности была произведена установленная публикація и если бы въ теченіе 4 мѣсяцевъ никто (кромѣ первоначальныхъ кредиторовъ) не заявлялъ какую-либо претензію къ несостоятельному. Но въ разсматриваемомъ случаѣ публикаціи не было, нѣтъ, слѣдовательно, увѣренности въ томъ, что другихъ кредиторовъ, кромѣ первоначальныхъ, у должника нѣтъ. Не слѣдуетъ ли, не прекращая дѣла, потребовать отъ кредиторовъ представленія денегъ на публикацію (въ нашемъ случаѣ конкурсной массы не было) и выждать истеченія 4 мѣсячнаго срока? А если кредиторы не исполнятъ требованія суда, находя для себя невыгоднымъ и безполезнымъ произвести этотъ расходъ? Но предположимъ, что деньги были представлены, публикація произведена, явились новые кредиторы; очевидно, что конкурсное производство не можетъ быть прекращено. Въ этомъ случаѣ вновь явившіеся кредиторы имѣютъ право, по моему мнѣнію, потребовать отъ первоначальныхъ кредиторовъ возвращенія полученныхъ ими денегъ въ конкурсную массу, а въ случаѣ невозвращенія предъявить къ нимъ искъ (argum. ст. 508, 509, 512, 523 уст. судопр. торг., ст. 5, 6 и 12 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Вообще, мнѣ кажется, слѣдуетъ остановиться на томъ положеніи, что коль скоро лицо объявлено судомъ несостоятельнымъ должникомъ, оно лишается права производить платежи своимъ кредиторамъ, а сіи послѣдніе не въ правѣ получать таковые, такъ какъ все имущество несостоятельнаго поступаетъ въ конкурсную массу съ момента объявленія лица несостоятельнымъ, т. е. со времени постановленія судомъ опредѣленія о несостоятельности, а не со времени публикаціи; съ этого момента все имущество несостоятельнаго становится достояніемъ *всей совокупности* его кредиторовъ (касс. рѣш. № 7—86 г.).

По вопросу о прекращеніи дѣла сенатъ (по 4 деп.) разъяснилъ, что въ законѣ установленъ только одинъ способъ прекращенія конкурса до окончанія всего конкурснаго процесса, а именно посредствомъ мировой сдѣлки, заключенной со всѣми участвовавшими въономъ кредиторами и съ соблюденіемъ указанныхъ въ законѣ условій (ст. 636 уст. суд. торг.). Никакихъ другихъ основаній къ уничтоженію конкурса, правильно учрежденнаго, въ законѣ не указано, и потому, говоритъ сенатъ, изъятіе изъ конкурса претензіи главнаго кредитора и маловажность затѣмъ остальныхъ претензій (на сумму менѣе 1,500 руб.) не составляютъ законнаго основанія ни къ ограниченію правъ прочихъ кредиторовъ, ни къ освобожденію должника отъ тѣхъ послѣдствій, съ которыми связано для него окончаніе конкурснаго дѣла (Носенко, сборникъ, т. II, стр. 559; contra вышеприве-

денное разъясненіе сената). Но если конкурсное дѣло можетъ быть прекращено не иначе, какъ мировою сдѣлкою, то производство публикаціи о несостоятельности представляется необходимымъ, такъ какъ мировая сдѣлка можетъ быть учинена лишь по миновапіи узаконенныхъ сроковъ для явки кредиторовъ (ст. 636 п. 1 уст. суд. торг.). Если кредиторы, въ разсматриваемомъ нами случаѣ, не представляютъ денегъ на публикацію, то является вопросъ о дальнѣйшемъ направленіи дѣла. Кредиторовъ нѣтъ (они уже получили удовлетвореніе), конкурсной массы тоже нѣтъ, но лицо уже объявлено несостоятельнымъ. По моему мнѣнію, въ этомъ случаѣ дальнѣйшее конкурсное производство сводится къ тому, что судъ обязанъ опредѣлить свойство несостоятельности и въ этомъ отношеніи замѣнить конкурсное управленіе, такъ какъ учрежденіе послѣдняго невозможно за отсутствіемъ кредиторовъ (ст. 536 уст. суд. торг., ст. 15 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Этимъ собственно и завершится конкурсное преизводство.

Не мало разногласія въ судебной практикѣ вызываетъ примѣненіе ст. 602 уст. суд. торг. Въ силу этой статьи къ долгамъ третьяго разряда причисляются всѣ тѣ, кои, при разсмотрѣніи ихъ документовъ, обращены къ судебному разбирательству (п. 3 ст. 598 называетъ эти долги сомнительными или спорными, подлежащими судебному разсмотрѣнію); «если истецъ подчинится опредѣленію конкурснаго управленія, коимъ предъявленная имъ претензія признано подлежащею судебному разбирательству, или опредѣленіе сіе будетъ утверждено высшею властію, то онъ съ искомъ долженъ обратиться въ подлежащій судъ не далѣе трехъ мѣсяцевъ со дня объявленія ему окончательнаго о семъ постановленія». Такимъ образомъ отнесеніе претензіи къ долгамъ третьяго разряда можетъ вызывать два производства въ судѣ: частное и исковое. Кредиторъ можетъ обжаловать (въ частномъ порядкѣ) опредѣленіе конкурснаго управленія (ст. 477, 594, 602 уст. суд. торг., 17 Прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.), или же предъявить въ подлежащемъ судѣ искъ въ назначенный закономъ срокъ (ст. 602). Такая же двойственность защиты возможна и по отношенію къ распредѣленію долговъ по *родамъ*; на это указываетъ выраженіе ст. 592 уст. суд. торг. «съ предоставленіемъ имъ права доказывать ихъ (т. е. документы или долги) въ судѣ установленныя порядкомъ». Необходимо установить, въ чемъ заключается дѣятельность суда въ томъ и другомъ порядкѣ производства дѣла по разсматриваемому предмету, такъ какъ на практикѣ эта дѣятельность недостаточно выяснена. Конкурсное управленіе

есть, по словамъ закона, присутственное мѣсто, составляющее по дѣламъ, ему ввѣреннымъ, до окончанія ихъ, нижнюю степень коммерческаго или окружнаго суда (ст. 531 и 477 у. с. т.). При разсмотрѣніи жалобъ на опредѣленіе конкурснаго управленія между прочимъ по предмету распредѣленія долговъ по родамъ и разрядамъ, окружный судъ является высшею надзирающею инстанціею, повѣряющею опредѣленія конкурснаго управленія *въ предѣлахъ конкурснаго процесса*. Судъ разсматриваетъ обжалованное опредѣленіе съ внѣшней, формальной стороны, т. е. согласно ли оно съ нормами конкурснаго процесса, но не повѣряетъ въ *существѣ* матеріально-правоваго отношенія, по поводу котораго опредѣленіе постановлено. Такая повѣрка или изслѣдованіе возможна лишь въ исковомъ или состязательномъ порядкѣ. Такъ, по жалобамъ на отнесеніе долговъ къ третьему разряду окружный судъ ограничивается повѣркою того, правильно ли та или другая претензія объявлена конкурснымъ управленіемъ сомнительною или спорною, требуется ли для удовлетворенія ея въ конкурсномъ порядкѣ «окончательное рѣшеніе суда» или же она по *внѣшнимъ* своимъ признакамъ соотвѣтствуетъ долгамъ перваго или второго разряда (напр. копиталъ малолѣтнихъ, долги поставщикамъ домашнихъ съѣстныхъ потребностей, долги ремесленикамъ и т. д.). Судъ или оставляетъ жалобу безъ послѣдствій, или же постановляетъ объ отнесеніи претензіи къ первому или второму разряду. Въ первомъ случаѣ кредиторъ можетъ обратиться къ исковому порядку, при чемъ къ отвѣту должно быть привлечено конкурсное управленіе (ст. 23 уст. гр. суд.), которое здѣсь уже является въ роли стороны (а не присутственнаго мѣста) и требованіе истца должно заключаться въ признаніи судомъ предъявленной претензіи подлежащею удовлетворенію изъ конкурсной массы сполна или по соразмѣрности (смотря по свойству претензіи). Такой искъ подвергается во всѣхъ частяхъ повѣркѣ суда по правиламъ состязательнаго процесса. Но и конкурсное управленіе имѣетъ, по моему мнѣнію, право иска въ томъ случаѣ, если судомъ постановлено, въ конкурсномъ порядкѣ, по жалобѣ кредитора, объ отнесеніи его претензіи къ первому или второму разряду. Искъ этотъ также долженъ быть предъявленъ къ кредитору не далѣе трѣхъ мѣсяцевъ со дня объявленія управленію окончательнаго опредѣленія суда и долженъ заключаться въ требованіи о признаніи претензіи недѣйствительною и не подлежащею удовлетворенію (ст. 602 уст. суд. торг. и 23 ст. уст. гр. суд.). И въ этомъ случаѣ дѣло производится въ порядкѣ состязательнаго процесса. И такъ, необходимо различать двоякое отношеніе суда къ конкурсному управ-

ленію: а) какъ къ подвластному суду присутственному мѣсту (при разсматрѣніи *жалобъ*), б) какъ къ сторонѣ въ процессѣ (при разсмотрѣніи *иска*, имъ или къ нему предъявленнаго). Въ первомъ случаѣ судъ повѣряетъ свойство претензіи по ея *формальнымъ* признакамъ, во второмъ,—по ея внутреннимъ качествамъ (съ матеріяльно-правовой стороны). Этимъ, кажется, устраняются сомнѣнія, возникающія на практикѣ при толкованіи и примѣненіи ст. 602 уст. суд. торг.

По вопросу о злостной несостоятельности или по выраженію уст. суд. торг., «о злономѣренномъ банкротствѣ», между юристами-практиками господствуетъ разномысліе. Одни полагаютъ, что гражданскій судъ, усмотрѣвъ при производствѣ дѣла о несостоятельности улики или доказательства злостной несостоятельности, обязанъ сообщить объ этомъ прокурору и пріостановиться дальнѣйшимъ производствомъ дѣла до воспослѣдованія приговора уголовнаго суда, согласно ст. 8 уст. гр. суд.

По мнѣнію другихъ, возбужденію уголовнаго преслѣдованія должно предшествовать постановленіе гражданскаго суда о злостной несостоятельности. Этотъ взглядъ находитъ себѣ оправданіе въ законѣ и раздѣляется сенатомъ (кас. рѣш. № 50—94 г.). Текстъ ст. 14 правилъ о несостоятельности (прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.) и сдѣланная въ этой статьѣ ссылка на ст. 27 уст. угол. суд. прямо указываютъ, что вопросъ о свойствѣ несостоятельности есть вопросъ преюдиціальный по отношенію къ опредѣленію преступности дѣянія и разрѣшается судомъ гражданскимъ. На этомъ основаніи сенатъ высказалъ слѣдующее положеніе. Въ случаѣ обнаруженія, при производствѣ дѣлъ о несостоятельности уликъ злостнаго банкротства, окружный судъ объ этихъ уликахъ можетъ сообщить суду уголовному чрезъ прокурора не ранѣе опредѣленія въ установленномъ порядкѣ гражданскимъ судомъ свойства несостоятельности. Этотъ выводъ сенатъ подтверждаетъ подробнымъ изслѣдованіемъ происхожденія 14 ст. прил. III въ ст. 1400 уст. гр. суд. (тамъ же). Въ вопросѣ о злостной несостоятельности, функціи гражданскаго и уголовнаго суда совершенно различны. Первый въ лицѣ конкурскаго управленія опредѣляетъ свойство юридическихъ сдѣлокъ, заключенныхъ несостоятельнымъ или при его участіи, подвергаетъ ихъ изслѣдованію и оцѣнкѣ способами, установленными законами торговыми и гражданскими. Онъ также въ конкурсномъ порядкѣ предпринимаетъ всѣ мѣры для обнаруженія скрытаго или незаконно отчужденнаго имущества несостоятельнаго должника. Словомъ, гражданскій судъ

оперируетъ *фактами*, относящимися къ сферѣ *гражданскихъ* правоотношеній, и изъ совокупности этихъ фактовъ выводитъ свое заключеніе о злостной несостоятельности (ст. 484, 604, 620 и 625 уст. суд. торг.).

Этимъ конкурсный процессъ заканчивается. Тогда наступаютъ, съ одной стороны, гражданскія послѣдствія (предъявленіе въ подлежащемъ судѣ исковъ о недѣйствительности заключенныхъ несостоятельнымъ сдѣлокъ—ст. 555 и прим. уст. суд. торг.—обращеніе имуществъ, которыя впослѣдствіи дошли къ несостоятельному, на удовлетвореніе его прежнихъ долговъ, вступившихъ въ конкурсъ—ст. 623 того же устава), съ другой — возбужденіе уголовнаго преслѣдованія противъ несостоятельнаго и участниковъ въ злостной его несостоятельности (ст, 624 уст. торг. и 14 ст. Прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.). Для этого судъ гражданскій, по вступленіи его рѣшенія въ законную силу, сообщаетъ его вмѣстѣ съ дѣломъ чрезъ прокурора въ уголовный судъ. Дѣятельность сего послѣдняго сосредоточивается на *субъективномъ* элементѣ несостоятельности, на *личности должника*, и имѣетъ цѣлью опредѣлить преступность дѣянія и виновность, какъ должника, такъ и участниковъ дѣянія (ст. 1163 — 1167 ул. о нак., 28 и 29 уст. уг. суд.). Такимъ образомъ производство о злостной несостоятельпроходитъ двѣ стадіи: конкурсную и уголовную, при чемъ первая предшествуетъ послѣдней.

Не мало недоумѣній возбуждаетъ также, при производствѣ дѣлъ о несостоятельности въ окружномъ судѣ, вопросъ о правахъ и обязанностяхъ присяжныхъ попечителей, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда въ конкурсной массѣ нѣтъ денегъ для производства возложенныхъ на присяжнаго попечителя дѣйствій, напр., на разъѣзды для разысканія имущества несостоятельнаго, на публикаціи о созывѣ общаго собранія кредиторовъ и т. п. Что касается самаго порядка назначенія присяжныхъ попечителей, то въ виду 10 ст. прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд., нерѣдко случалось, что въ теченіе продолжительнаго времени послѣ объявленія лица несостоятельнымъ присяжный попечитель не могъ быть назначенъ, такъ какъ упомянутая статья ограничиваетъ выборъ присяжныхъ попечителей лицами, указанными кредиторами и изъявившими притомъ письменное согласіе на принятіе этого званія. Для устраненія такихъ практическихъ неудобствъ сенатъ по гражд. касс. деп. и по общему собранію касс. деп. разъяснялъ (хотя такое разъясненіе по существу своему имѣетъ скорѣе значеніе законодательнаго постановленія), что окружный судъ не только не лишенъ права назначить присяжнаго попечителя по своему усмо-

трѣнію, если таковой не будетъ указанъ кредиторами, или указанный ими не изъявитъ согласія на принятіе сего званія, но властенъ даже отклонить указанное кредиторами лицо и назначить взамѣнъ его *другаго по своему усмотрѣнію* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда признаетъ, что выставленный кредиторами кандидатъ представляется недостаточно благонадежнымъ. Далѣе сенатомъ разъяснено, что присяжный или частный повѣренный можетъ отклонить принятіе званія присяжнаго попечителя лишь въ случаѣ *законныхъ къ тому препятствій*; произвольное же уклоненіе ихъ отъ исполненія законнаго распоряженія суда можетъ служить достаточнымъ поводомъ для возбужденія противъ нихъ дисциплинарнаго производства (№ 34—86 г.). Встрѣчающіяся на практикѣ затрудненія въ примѣненіи постановленій конкурснаго устава о присяжныхъ попечителяхъ побудили тамбовскій окружный судъ, по общему собранію, издать особыя для нихъ правила (они напечатаны съ объясненіями г. фонъ-Резона въ Жур. гр. и угол. пр. за 1888 г., кн. 7, стр. 30—44). По поводу этихъ правилъ слѣдуетъ замѣтить, что едва ли окружный судъ компетентенъ издавать таковыя и едва ли они могутъ имѣть обязательную силу. Окружнымъ судамъ не предоставлено разъяснять законы матеріальнаго или судебнаго права путемъ изданія обязательныхъ постановленій и циркуляровъ. Въ законѣ строго очерчены предѣлы вѣдомства общаго собранія отдѣленій суда (ст. 160 учр. суд. устр.). Окружные суды могутъ издавать, въ видѣ особаго наказа, лишь постановленія, относящіяся до внутренняго распорядка и дѣлопроизводства въ судахъ. Но и эти особые наказы, имѣя цѣлью охранять въ судебномъ мѣстѣ, *согласно съ законами*, внутренній порядокъ, не должны нарушать правила, установленныя закономъ (ст. 166, 168 и 170 учр. суд. устан.).

Обозрѣвая правила, составленныя тамбовскимъ окружнымъ судомъ для присяжныхъ попечителей, мы находимъ въ нихъ отчасти сгруппировку уже существующихъ предписаній закона и разъясненій сената, отчасти совершенно новыя правовыя положенія.

Изъ послѣднихъ обращаютъ на себя вниманіе нѣкоторыя постановленія, несогласныя, по моему мнѣнію, съ правилами конкурснаго процесса. Такъ, ст. 5 правилъ предоставляетъ присяжнымъ попечителямъ право продать имущество несостоятельнаго не иначе, какъ съ публичнаго торга; между тѣмъ по ст. 522 уст. суд. торг., такая продажа можетъ быть произведена не только съ публичнаго торга, но и посредствомъ маклера на биржѣ. Ст. 6 постановляетъ, что общее собраніе кредиторовъ для выбора кураторовъ и учрежденія конкурс-

наго управленія должно быть созвано присяжнымъ попечителемъ, при наличности всѣхъ другихъ законныхъ условій, немедленно *по истеченіи 4 мѣсяцевъ* со дня припечатанія послѣдней публикаціи о несостоятельности въ сенатскихъ объявленіяхъ. Едва ли правильно выжидать истеченія 4 мѣсяцевъ для составленія конкурснаго управленія; оно можетъ быть учреждено и раньше. Какъ скоро, говоритъ ст. 524 уст. суд. торг., часть заимодавцевъ, по суммѣ преимущественная, лично или чрезъ повѣренныхъ явится, то присяжный попечитель немедленно назначаетъ день собранія для выбора кураторовъ и для учрежденія конкурснаго управленія. Для сего, сказано въ слѣдующей статьѣ, всѣ наличные заимодавцы въ назначенный день являются въ судъ и по большинству голосовъ избираютъ двухъ или болѣе кураторовъ изъ наличныхъ заимодавцевъ и одного предсѣдателя. Въ этихъ постановленіяхъ не содержится никакого указанія на то, что конкурсное управленіе можетъ быть составлено не ранѣе истеченія 4 мѣсяцевъ; напротивъ, изъ смысла приведенныхъ статей и изъ выраженія «наличные кредиторы» можно вывести заключеніе, что достаточно явки *части находящихся на лицо* кредиторовъ по большинству суммы заявленныхъ претензій, и присяжный попечитель *немедленно* назначаетъ день для выбора кураторовъ и предсѣдателя. Изъ сенатской практики (по 4 деп.) видно, что необходимымъ условіемъ для созыва общаго собранія кредиторовъ для выбора членовъ конкурснаго управленія является принятіе присяжнымъ попечителемъ мѣръ къ составленію описи имущества и долговъ, валового счета и, какъ слѣдствіе сего, наличность преимущественной части кредиторовъ. (Носенко, Сборникъ, т. II, стр. 141—142). Хотя въ другомъ рѣшеніи сенатъ требуетъ еще, кромѣ того. чтобы созывъ собранія имѣлъ мѣсто не ранѣе двухнедѣльнаго срока отъ послѣдней публикаціи объ открытіи несостоятельности, какъ срока, назначеннаго закономъ для заявленія претензіи и явки кредиторовъ, жительствующихъ въ томъ же городѣ (Носенко, Сборникъ, т. III, стр. 299—300), но этотъ срокъ не можетъ имѣть примѣненія къ производству дѣлъ о несостоятельности въ окружныхъ судахъ: для нихъ всѣ опредѣленные въ уст. торг. сроки замѣняются однимъ общимъ 4-мѣсячнымъ срокомъ (ст. 9 прил. III къ ст. 1400 уст. гр. суд.); кромѣ того, такое положеніе сената (по 4 деп.) не вытекаетъ изъ закона и вообще не имѣетъ обязательной силы для окружныхъ судовъ. Мы сомнѣваемся также въ закономѣрности 7 ст. означенныхъ правилъ, по которой, если въ теченіе мѣсяца со дня окончанія 4-мѣсячнаго срока присяжнымъ попечителемъ не созвано общаго собранія для выбора кураторовъ и учрежденія кон-

курснаго управленія, или таковое не состоялось, то о причинахъ онъ обязанъ особо доносить окружному суду. Общее собраніе суда не уполномочено закономъ устанавливать опредѣленные сроки для совершенія тѣхъ или другихъ правовыхъ дѣйствій, тѣмъ болѣе въ настоящемъ случаѣ, когда въ законѣ установленъ другой срокъ, пропускъ котораго влечетъ указанное въ законѣ послѣдствіе. По ст. 528 уст. суд. торг., если въ двѣ недѣли, считая отъ перваго назначеннаго собранія заимодавцевъ, кураторы не будутъ выбраны, то, по донесенію о семъ присяжнаго попечителя, судъ назначаетъ ихъ изъ наличныхъ заимодавцевъ. Не видимъ также достаточнаго основанія требовать, чтобы созывъ собранія кредиторовъ для выбора членовъ конкурса производился путемъ публикаціи въ Сенатскихъ вѣдомостяхъ, С.-Петербургскихъ, Московскихъ и Тамбовскихъ губ. вѣдомостяхъ (ст. 8 правилъ). Такая публикація производится по уставу лишь въ опредѣленныхъ указанныхъ случаяхъ (ст. 506, 534, 608, 625 уст. суд. торг.). Публикуется въ упомянутыхъ вѣдомостяхъ о срокѣ *общаго* собранія заимодавцевъ, назначаемаго для *окончательныхъ* распоряженій (ст. 608). По смыслу вышеприведенныхъ ст. 524 и 525 никакой публикаціи не требуется: присяжный попечитель *немедленно* назначаетъ день собранія для выбора членовъ конкурса, какъ *скоро часть заимодавцевъ... явится*; *наличные* заимодавцы являются для сего въ судъ въ назначенный день. Въ цитируемомъ же г. фонъ-Резономъ рѣшеніи сената за 1881 г., № 122, разъясняется только смыслъ ст. 1987 устава о несост. въ томъ отношеніи, что публикація о срокѣ *окончательныхъ* общихъ собраній только дополняетъ вызовъ наличныхъ кредиторовъ чрезъ повѣстки и относится къ отсутствующимъ кредиторамъ. Нѣтъ, такимъ образомъ, законнаго основанія производить публикацію о созывѣ кредиторовъ въ общее собраніе для выбора членовъ конкурснаго управленія, тѣмъ болѣе, что расходы на публикацію довольно значительные и ложатся бременемъ на конкурсную массу. Притомъ публикаціи въ вѣдомостяхъ, особенно въ сенатскихъ объявленіяхъ, рѣдко достигаютъ цѣли и не приносятъ существенной пользы. Ст. 19 правилъ предоставляетъ присяжному попечителю такое важное по своимъ послѣдствіямъ право по отношенію къ кредиторамъ, которое не утверждается на законѣ и которое, по нашему мнѣнію, не можетъ принадлежать ни конкурсному управленію, ни даже суду. Согласно означенной статьи, если въ конкурсной массѣ не имѣется необходимаго количества денегъ для производства возложенныхъ на присяжнаго попечителя дѣйствій и обязанностей, онъ немедленно объявляетъ кредиторамъ о представленіи въ назна-

ченный имъ срокъ необходимыхъ денегъ съ добавленіемъ, что, въ случаѣ непредставленія денегъ въ указанный срокъ, дѣло будетъ представлено въ окружный судъ для прекращенія. Нельзя не сочувствовать сообщаемымъ г. фонъ-Резономъ мотивамъ, вызвавшимъ появленіе означеннаго правила. Дѣйствительно, въ практикѣ судовъ случается нерѣдко, что по просьбѣ кредиторовъ, чаще всего банковъ, объявляются несостоятельными люди, у которыхъ въ моментъ признанія несостоятельности не оказывается по тѣмъ или инымъ причинамъ никакого имущества. Благодаря этому, присяжные попечители и конкурсныя управленія лишены возможности покрывать расходы, необходимые при конкурсномъ производствѣ, и движеніе дѣла вслѣдствіе этого затягивается, что отражается самымъ неблагопріятнымъ образомъ на положеніи несостоятельнаго должника (Журн. гр. и угол. пр. 1888 г., кн. 7, стр. 39—42). Въ практической полезности рекомендуемой тамбовскимъ окружнымъ судомъ мѣры мы нисколько не сомнѣваемся. Но она нуждается въ законодательной санкціи. Послѣдняя крайне желательна, но пока ея нѣтъ, нельзя, по моему мнѣнію, предъявлять кредиторамъ требованіе о представленіи денегъ съ назначеніемъ опредѣленнаго срока подъ угрозою въ противномъ случаѣ прекращенія судомъ дѣла, т. е. уничтоженія всѣхъ послѣдствій, сопряженныхъ съ объявленіемъ о несостоятельности. Мнѣ кажется, что если въ конкурсной массѣ нѣтъ никакихъ суммъ на покрытіе расходовъ, необходимыхъ для совершенія присяжнымъ попечителемъ или конкурснымъ управленіемъ указанныхъ въ законѣ дѣйствій, и кредиторы не соглашаются покрывать эти расходы своими средствами, то единственнымъ выходомъ изъ такого положенія представляется ограничиться распредѣленіемъ долговъ на роды и разряды и опредѣленіемъ свойства несостоятельности. Замѣчу, что опредѣленіе достоинства претензій представляется необходимымъ на случай признанія должника несостоятельнымъ неосторожнымъ или злостнымъ, такъ какъ кредиторы сохраняютъ право получить удовлетвореніе изъ имущества, которое впослѣдствіи откроется или пріобрѣтено будетъ несостоятельнымъ (ст. 623 и 624 уст. суд. торг.). Всѣ же другія возлагаемыя на конкурсное управленіе обязанности (ст. 551 уст. торг. суд.) сами собою падаютъ за отсутствіемъ конкурсной массы, за неимѣніемъ средствъ для розысканія какого-либо принадлежащаго должнику имущества и по недоставленію таковыхъ заинтересованными въ дѣлѣ лицами, т. е. кредиторами. Словомъ, присяжный попечитель и конкурсное управленіе обязаны, по моему мнѣнію, сдѣлать то, что при отсутствіи кон-

курсной массы возможно сдѣлать и что представляется необходимымъ для окончанія конкурснаго производства.

Вотъ тѣ правила, постановленныя тамбовскимъ окружнымъ судомъ, на которыхъ намъ казалось небезполезнымъ остановиться. Во всякомъ случаѣ, самый фактъ регламентированія судомъ дѣятельности присяжныхъ попечителей и причины, вызывавшія такую регламентацію, ясно показываютъ недостаточность преподанныхъ закономъ правилъ по этому предмету и общее неудовлетворительное состояніе нашего конкурснаго процесса. Къ такому же неизбѣжному заключенію приводятъ указанныя нами трудности и сомнѣнія, встрѣчающіяся при производствѣ конкурсныхъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ. Каждый судъ выходитъ изъ этихъ затрудненій по своему. Уже одно это обстоятельство обязывало бы законодателя поспѣшить изданіемъ надлежащаго закона, въ которомъ такъ нуждается и гражданская жизнь и судебная практика.

ДВОЙНАЯ КАССАЦІЯ.

Распубликованный въ концѣ 1891 года циркулярный указъ соединеннаго присутствія перваго и уголовнаго кассаціоннаго департамента правительствующаго сената заслуживаетъ серьезнаго вниманія. По ст. 123 пол. о земскихъ начальникахъ геберноскому присутствію принадлежитъ по судебнымъ дѣламъ разрѣшеніе протестовъ и просьбъ объ отмѣнѣ окончательныхъ приговоровъ и рѣшеній уѣздныхъ съѣздовъ. Губернское присутствіе, слѣдовательно, функціонируетъ по судебнымъ дѣламъ въ качествѣ *кассаціонной инстанціи*, и постановленія его не должны уже подлежать *отмѣнѣ* или пересмотру со стороны другого установленія, не исключая и сената. Это основной принципъ кассаціи, принятый вездѣ, въ томъ числѣ и нашими судебными уставами. Но силою вещей принципъ этотъ поколебленъ относительно губернскихъ присутствій. Указомъ отъ 19 октября 1891 года сенатъ *кассировалъ* опредѣленіе губернскаго присутствія отъ 3 января 1891 г., постановленное въ *кассаціонномъ* порядкѣ. Сенатъ отмѣнилъ вмѣстѣ съ тѣмъ и все предшествовавшее производство дѣла у земскаго начальника и въ уѣздномъ съѣздѣ. Дѣло возбуждено было фабричнымъ инспекторомъ противъ содержателей фабрикъ по нарушенію ими правилъ фабричнаго устава въ отношеніи пріема на работы малолѣтнихъ дѣтей. Земскій начальникъ приговорилъ фабрикантовъ по 1404^1 и 1404^3 ст. улож. о наказ. къ соотвѣтствующему наказанію (въ законѣ опредѣленъ арестъ не свыше одного мѣсяца или денежное взысканіе не свыше 100 руб.). Приговоръ этотъ обжалованъ былъ уѣздному съѣзду, который его утвердилъ, а на приговоръ послѣдняго подана была жалоба въ кассаціонномъ порядкѣ губернскому присутствію. Жалобщики выставляли, между прочимъ, поводомъ къ отмѣнѣ приговора съѣзда неподсудность дѣла земскому начальнику. Губерн-

ское присутствіе оставило жалобу безъ послѣдствій, признавъ дѣло подсуднымъ земскому начальнику. Вслѣдствіе просьбы А. (т. е. обвиняемыхъ), поданной министру юстиціи, опредѣленіе губернскаго присутствія предложено было министромъ черезъ оберъ-прокурора на обсужденіе сената. Сенатъ, кассируя означенное опредѣленіе, призналъ, что дѣла о нарушеніи уставовъ промышленности фабричной неподсудны земскому начальнику, а подлежатъ вѣдѣнію уѣзднаго члена окружнаго суда, за исключеніемъ тѣхъ нарушеній, которыя подлежатъ непосредственному разбирательству административныхъ установленій или же подсудны окружному суду. Насъ собственно занимаетъ не существо вопроса, а процессуальная сторона дѣла. Оказывается, что по дѣлу постановлены въ кассаціонномъ порядкѣ *два*, одно другое исключающихъ, опредѣленія двухъ различныхъ инстанцій: губернскаго присутствія и сената. Одно опредѣленіе состоялось вслѣдствіе принесенной обвиняемыми *кассаціонной жалобы*, другое—по *прошенію* ихъ на имя министра юстиціи и по предложенію сего послѣдняго. Такое отступленіе отъ принципа *единой* кассаціи имѣетъ свой raison d'être. Оно съ очевидностью подтверждаетъ непогрѣшимость тѣхъ основныхъ началъ, на которыхъ воздвигнуты были судебные уставы Императора Александра II. Авторитетъ закона, правильное толкованіе и единообразное примѣненіе его всѣми судами имперіи могутъ быть поддерживаемы и охраняемы только однимъ верховнымъ судилищемъ, образующимся изъ лучшихъ юристовъ. Разсматриваемый указъ сената служитъ самымъ убѣдительнымъ аргументомъ противъ постановки губернскихъ присутствій, въ качествѣ кассаціонныхъ инстанцій по судебнымъ дѣламъ. Но дефекты, присущіе этимъ учрежденіямъ, не могутъ быть устранены вмѣшательствомъ сената, зависящимъ отъ разныхъ случайностей и являющимся мѣрою экстраординарною. Оно, кромѣ того, по отношенію къ уголовнымъ дѣламъ представляетъ слѣдующую аномалію. Представимъ себѣ, что уѣздный съѣздъ утвердилъ обвинительный вердиктъ земскаго начальника или городского судьи, коимъ лицо приговорено къ тюремному заключенію. Подается кассаціонная жалоба въ губернское присутствіе, но она оставляется безъ послѣдствій. Тогда приговоръ уѣзднаго съѣзда входитъ въ законную силу и приводится въ исполненіе (ст. 244 и 245 правилъ 29 декабря 1889 г.), т. е. обвиняемый заключается въ тюрьму. Но по его прошенію министру юстиціи дѣло восходитъ на разсмотрѣніе сената и опредѣленіе губернскаго присутствія отмѣняется (такъ и было въ приведенномъ случаѣ). Но вѣдь приговоръ уже приведенъ въ исполненіе, лицо лишено было свободы! Возможно, да-

лѣе, что ко времени отмѣны сенатомъ опредѣленія губернскаго присутствія истечетъ срокъ тюремнаго заключенія (настоящее дѣло возникло 2 іюня 1890 г., опредѣленіе губернскаго присутствія состоялось 3 января 1891 г., а опредѣленіе сената 19 октября 1891 г.). Намъ прежде казалось, судя по смыслу п. 1 ст. III закона 29 декабря 1889 г., что сенатъ будетъ въ извѣстныхъ, хотя и рѣдкихъ, случаяхъ направлять дѣятельность губернскихъ присутствій къ единству, къ единообразному и правильному примѣненію законовъ, что онъ будетъ разъяснять истинный смыслъ закона, невѣрно понятаго или совершенно упущеннаго изъ виду тѣмъ или другимъ губернскимъ присутствіемъ. Но сенату, думали мы, не предоставлено, однако, *отмѣнять* состоявшіяся по судебнымъ дѣламъ постановленія губернскихъ присутствій, въ противномъ случаѣ получались бы *двѣ* кассаціонныя инстанціи, что противорѣчило бы *единству* кассаціи. Но такое мнѣніе наше опровергается вышеприведеннымъ указомъ. Сенатъ, какъ видно изъ указа его, руководствовался ст. 119[5] учр. суд. уст. по прод. 1890 г. При сличеніи же текста этой статьи съ цитируемою подъ нею ст. III п. 1 закона 29 декабря 1889 г., мы открываемъ въ ней существенную поправку: въ ст. 119[5] прибавлено выраженіе—«для пересмотра... судебныхъ рѣшеній губернскихъ присутствій...». Этого выраженія въ источникѣ закона нѣтъ. Оно присвоиваетъ сенату функціи кассаціоннаго учрежденія по отношенію къ такимъ же учрежденіямъ—губернскимъ присутсвіямъ. Правда, дѣятельность послѣднихъ возбуждается непосредственно жалобою участвующихъ въ дѣлѣ лицъ, дѣятельность же сената—предложеніемъ министра юстиціи, но она въ существѣ отъ этого не измѣняется: рѣшеніе губернскаго присутствія можетъ быть кассировано сенатомъ съ уничтоженіемъ всего производства (такъ и было въ разсматриваемомъ дѣлѣ). Нѣтъ сомнѣнія, что всякій, кто цѣнитъ высокія достоинства праваго суда, кто дорожитъ обезпеченностью личныхъ и имущественныхъ правъ гражданъ, можетъ только радоваться участію сената въ дѣлахъ мѣстной преобразованной юстиціи. Авторитетность высшаго у насъ судебнаго учрежденія способна водворять и укрѣплять чувство законности въ обществѣ и въ новыхъ судебныхъ дѣятеляхъ, направлять ихъ на путь правды и справедливости. Но для этого предѣлы, отведенные участію сената ст. 119[5] учр. суд. уст., слишкомъ тѣсны. Необходимо болѣе широкое, такъ сказать, ординарное и прямое вмѣшательство сената въ дѣла, рѣшаемыя земскими начальниками и городскими судьями. Оно въ настоящее время случайное и притомъ довольно рѣдкое: можно съ увѣренностью сказать, что до крайности ничтожное число

дѣлъ будетъ восходить по предложенію министра юстиціи до сената. Рѣдко кто даже знаетъ о своемъ правѣ подавать прошенія или жалобы по окончательно рѣшенному уже дѣлу министру юстиціи. Наконецъ, участіе сената въ той формѣ, въ какой оно проявляется въ настоящее время, не въ силахъ, какъ мы видѣли, реституировать то, что уже совершилось на основаніи вошедшаго въ законную силу приговора.

Отрицательныя качества губернскихъ присутствій, введенныхъ въ систему судебно-административныхъ учрежденій, въ качествѣ кассаціонныхъ инстанцій, уже были отмѣчены въ нашей общей и юридической литературѣ. На первомъ планѣ стоятъ отсутствіе гласности и публичности, коренныхъ основъ юстиціи, и минимальная наличность въ составѣ губернскихъ присутствій судебно-юридическаго элемента. (Напомнимъ, что губернское присутствіе состоитъ подъ предсѣдательствомъ губернатора, изъ губернскаго предводителя дворянства, вице-губернатора, прокурора окружнаго суда и двухъ непремѣнныхъ членовъ, и что для разсмотрѣнія судебныхъ дѣлъ приглашается, на правахъ члена, предсѣдатель или членъ окружнаго суда, при чемъ прокуроръ предъявляетъ въ надлежащихъ случаяхъ свои заключенія, *не принимая участія въ постановленіи рѣшенія:* ст. 105 и 106 пол. о зем. нач.). Не соотвѣтствуетъ также идеѣ и цѣли кассаціи смѣшанность личнаго состава губернскихъ присутствій и многочисленность кассаціонныхъ инстанцій, ничѣмъ между собою не связанныхъ. По судебнымъ уставамъ функціи верховнаго кассаціоннаго суда возложены только на правительствующій сенатъ (ст. 1 учр. суд. уст). «Всѣ почти европейскія законодательства вполнѣ сознаютъ необходимость такого верховнаго судилища, которое, не составляя само судебной инстанціи и не разсматривая судебныя дѣла по существу, сосредоточивало бы въ себѣ надзоръ за порядкомъ судопроизводства и правильнымъ толкованіемъ закона. Учрежденіе въ этихъ видахъ кассаціоннаго суда, отмѣняющаго окончательныя судебныя рѣшенія, когда въ нихъ оказывается явное нарушеніе закона въ томъ или другомъ отношеніи, и обращающаго судебныя дѣла къ пересмотру, составляетъ нынѣ необходимую принадлежность правильной системы судебнаго устройства». Такъ разсуждали редакторы судебныхъ уставовъ (§ 5 объясненій на ст. 1 учр. суд. уст.). Они твердо и убѣжденно стояли на томъ, что власть отмѣнять окончательныя рѣшенія судебныхъ мѣстъ въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ можетъ принадлежать только *одному* верховному въ государствѣ судилищу, которое и учреждается для того именно, чтобы наблюдать за охраненіемъ точной силы за-

кона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами. Съ этой точки зрѣнія составители судебныхъ уставовъ не признали возможнымъ распредѣлять кассаціонныя функціи по отношенію къ рѣшеніямъ мировыхъ съѣздовъ между судебными палатами. Предоставленіе имъ права толкованія законовъ «умалило бы совершенно значеніе высшаго судилища и вмѣстѣ съ тѣмъ дало бы неизбѣжно поводъ къ различнымъ объясненіямъ закона, а сила и значеніе всякаго закона необходимо обусловливается единообразнымъ его исполненіемъ. Дозволить принесеніе жалобъ на окончательныя рѣшенія въ палаты, а не въ сенатъ, значитъ допустить столько же различныхъ толкованій одного и того же закона, сколько будетъ палатъ, а разнообразное толкованіе закона поставитъ гражданъ въ такое положеніе, что имъ нельзя будетъ разсчитывать на силу гражданскаго закона, на его неприкосновенность и ненарушимость». По заключенію редакторовъ уставовъ, отправленіе правосудія въ государствѣ должно быть всюду одинаково. Всѣ органы суда должны дѣйствовать подъ надзоромъ одной и нераздѣльной власти верховнаго судилища. Только при такомъ единствѣ толкованія закона, судебная доктрина можетъ сдѣлаться достояніемъ каждаго, а въ нашей русской жизни установится тотъ духъ законности, при которомъ только и можемъ мы ожидать общественнаго благоустройства и настоящаго, а не мнимаго, прогресса (см. объясн. зап. 1863 г., ч. 1, стр. 92—96). Эти нынѣ, къ сожалѣнію, полузабытыя слова легли въ основу судебнаго строя, успѣшно продержавшагося болѣе четверти вѣка. Мысли, высказанныя относительно судебныхъ палатъ, еще съ большею силою приложимы ко вновь образованнымъ кассаціоннымъ инстанціямъ—губернскимъ присутствіямъ, имѣющимъ преимущественно административный характеръ. Единственное, повидимому, преимущество новаго порядка кассаціи заключается въ близости кассаціоннаго учрежденія къ населенію и въ возможности болѣе быстраго разрѣшенія жалобъ. Но послѣднее весьма проблематично въ виду того, что въ уѣздныхъ съѣздахъ губерніи сосредоточиваются жалобы на рѣшенія всѣхъ находящихся въ уѣздѣ земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и *волостныхъ судовъ;* слѣдовательно, по всѣмъ уѣздамъ губерніи число поступающихъ въ губернское присутствіе кассаціонныхъ жалобъ и протестовъ весьма велико, въ особенности еще потому, что временныя правила для волостныхъ судовъ и судопроизводственныя правила 29 декабря 1889 г. страдаютъ неполнотою и неясностью. Постоянныя же рабочія силы въ губернскомъ присутствіи—только два непремѣнныхъ члена, на которыхъ возложена вся масса работъ по производству дѣлъ, какъ административ-

ныхъ, такъ и судебныхъ, а также исполненіе порученій присутствія по предметамъ его вѣдомства (ст. 111 и 113 пол.). Относительная же близость губернскихъ присутствій къ населенію составляетъ безспорно desiderata всякаго суда, но едва ли ради этого можно было пожертвовать уже прочно привившимся къ нашей правовой жизни плодотворнымъ принципомъ единаго верховнаго кассаціоннаго суда.

Вышеприведенный указъ сената служитъ самою блестящею иллюстраціею неудовлетворительности губернскихъ присутствій, въ качествѣ кассаціонныхъ судовъ. Онъ естественно наводитъ на мысль, не лучше ли было бы, оставляя въ силу необходимости за губернскими присутствіями кассаціонную юрисдикцію по отношенію къ волостнымъ судамъ (хотя въ виду расширенной компетенціи волостныхъ судовъ было бы гораздо раціональнѣе предоставить кассаціонную власть *судебному*, а не *административному* учрежденію), сохранить *старый* порядокъ кассаціи, просуществовавшій уже столько лѣтъ и стоявшій уже достаточно прочно. Отъ реформы 12 іюля 1889 г. число *судебныхъ* дѣлъ, само по себѣ, не могло увеличиваться; напротивъ, замѣчается ихъ уменьшеніе, судя по крайней мѣрѣ по числу поступающихъ въ уѣздные съѣзды и губернскія присутствія жалобъ на рѣшенія земскихъ начальниковъ. Но во всякомъ случаѣ число дѣлъ, производящихся у земскихъ начальниковъ, городскихъ судей и уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ не можетъ превышать въ совокупности числа дѣлъ, производившихся у мировыхъ судей (такъ какъ первые замѣняютъ послѣднихъ). Если же прежде находили возможнымъ и даже необходимымъ сосредоточивать кассаціонную власть надъ мировыми съѣздами въ сенатѣ, то нѣтъ, намъ казалось бы, основанія измѣнять этотъ порядокъ и раздроблять эту власть между многими новыми и притомъ административными учрежденіями, не отвѣчающими идеѣ и цѣлямъ кассаціоннаго производства. Необходимо при этомъ отмѣтить одно важное, по нашему мнѣнію, обстоятельство, которое можетъ нанести чувствительный вредъ отправленію правосудія въ новыхъ учрежденіяхъ. Для нихъ, какъ извѣстно, изданъ 29 декабря 1889 г. особый процессуальный кодексъ, такъ что всѣ положенія судебныхъ уставовъ, на которыя нѣтъ ссылки въ этомъ кодексѣ, не имѣютъ примѣненія въ новыхъ учрежденіяхъ и для нихъ необязательны. Этого одного уже достаточно для того, чтобы губернскія присутствія, уже не говоря о низшихъ органахъ юстиціи, игнорировали всю кассаціонную практику съ выработанными ею въ области матеріальнаго права и процесса доктринами, восполняющими многіе пробѣлы въ законѣ. Творческія работы сената, создавшаго и разви-

вавшаго, сообразно съ требованіями текущей жизни, нѣкоторые правовые институты, прежде почти неизвѣстные у насъ (напр., фактическое представительство, душеприкащичество, участіе въ процессѣ третьихъ лицъ и мн. др.), могли бы несомнѣнно служить драгоцѣннымъ пособіемъ и руководствомъ для новыхъ кассаціонныхъ учрежденій. Между тѣмъ результаты сенатской дѣятельности могутъ быть исключены изъ практики губернскихъ присутствій на совершенно законномъ, хотя и чисто формальномъ, основаніи, такъ какъ статьи 815 уст. гр. суд. и 933 уст. угол. суд., присвоивающія сенатскимъ рѣшеніямъ руководящее значеніе, для новыхъ учрежденій необязательны. Конечно, правила 29 декабря 1889 г. воспроизводятъ въ сущности, за немногими исключеніями, постановленія уставовъ и должны быть, слѣдовательно, понимаемы и изъясняемы точно такимъ же образомъ, какъ и эти послѣднія, согласно съ разъясненіями сената. Тѣмъ не менѣе однако, губернскія присутствія могутъ отворачиваться отъ кассаціонной практики, опираясь на отсутствіе приведенныхъ статей уставовъ въ изданномъ для новыхъ учрежденій законодательствѣ. Происходитъ, такимъ образомъ, диссонансъ и нежелательное раздвоеніе въ судебномъ механизмѣ: общія и мировыя судебныя установленія (гдѣ послѣднія сохранены) и частица мироваго института, трансформированная въ уѣзднаго члена окружнаго суда, функціонируютъ, согласно съ указаніями и руководящими положеніями сената, новыя же судебно-административныя учрежденія (остальныя преобразованныя частицы мирового суда) и губернскія присутствія могутъ дѣйствовать несогласно съ этими положеніями. Одно и то же спорное правоотношеніе можетъ разрѣшаться различно, иногда даже діаметрально-противоположно розличными органами юстиціи: дѣятельность однихъ направляется сенатомъ, другихъ—губернскими присутствіями. Входить въ подробный анализъ новаго порядка кассаціи не будемъ. Мы хотѣли только остановить на немъ вниманіе нашихъ законодательныхъ сферъ и указать тотъ прямой и вѣрный, по нашему мнѣнію, путь, на который вступилъ законодатель уже болѣе, чѣмъ четверть вѣка тому назадъ.

КЪ ПЕРЕСМОТРУ СУДЕБНЫХЪ УСТАВОВЪ.

Гражданскій процессъ, созданный Судебными Уставами 20 ноября 1864 года, при всѣхъ своихъ общепризнанныхъ достоинствахъ и преимуществахъ, обнаруживаетъ однако въ примѣненіи къ дѣйствительной жизни нѣкоторыя слабыя черты, обращающія на себя вниманіе наблюдателя. Состоя въ рядахъ дѣятелей «новаго суда» почти съ самаго его основанія, я имѣлъ возможность слѣдить за движеніемъ гражданскихъ дѣлъ во всѣхъ стадіяхъ производства, непосредственно наблюдать, какъ достоинства, такъ и недостатки процесса и потому счелъ необходимымъ въ виду предстоящаго пересмотра Судебныхъ Уставовъ отмѣтить нѣкоторые результаты моихъ наблюденій. Тридцатилѣтняя дѣятельность «новаго гражданскаго суда» даетъ достаточный матеріалъ для провѣрки того, насколько этотъ судъ отвѣчаетъ запросамъ жизни и экономическаго оборота и насколько онъ приближается къ идеалу правильно функціонирующей юстиціи. Остановлюсь на нѣкоторыхъ сторонахъ нашего гражданскаго суда, страдающихъ, на мой взглядъ, дефектами, отчасти коренящимися въ самомъ уставѣ, въ первоначальномъ его видѣ, отчасти привитыми ему впослѣдствіи законодательными поправками и дополненіями, отчасти же созданными судебною практикою преемственно путемъ рецепціи нѣкоторыхъ формъ и техническихъ пріемовъ стараго суда.

I.

Состязательное начало.

Состязательная форма гражданскаго процесса, усвоенная нашимъ уставомъ по примѣру западныхъ, преимущественно французскаго, кодексовъ, составляетъ одно изъ самыхъ цѣнныхъ началъ новѣйшаго

времени въ сферѣ судебнаго права. Но доведенный до крайнихъ предѣловъ, состязательный принципъ можетъ привести «къ господству безсердечнаго формализма, при которомъ въ судьяхъ укореняется убѣжденіе, будто ихъ назначеніе состоитъ лишь въ установленіи формальной правды... Цѣлесообразная юридическая техника должна сочетать состязательное начало, въ надлежащей мѣрѣ, съ свободою судьи въ изслѣдованіи дѣла и обнаруженіи истины» [1]). Судья долженъ тамъ, гдѣ нужно, руководить состязаніемъ сторонъ, требовать разъясненія спорныхъ пунктовъ и своевременно разрѣшить споръ. Извѣстныя юридическія положенія: ne eat judex ultra petita partium; nemo judex sine actore; quod non est in actis, non est in mundo, выраженныя въ статьяхъ 4, 367 и 706 устава, не должны быть понимаемы далѣе лежащей въ нихъ идеи. Право иниціативы безусловно принадлежитъ сторонамъ — субъектамъ процессуальнаго отношенія; они предъявляютъ суду свои требованія и возраженія, обоснованныя надлежащими доказательствами; но разъ процессуальное отношеніе установлено и фактическій матеріалъ собранъ, уже наступаетъ дѣятельность суда, заключающаяся въ группировкѣ и систематизаціи этого матеріала, въ примѣненіи къ нему нормъ права и въ разрѣшеніи спора. Неправы, по моему мнѣнію, тѣ, которые во имя состязательнаго начала съуживаютъ до крайности функціи гражданскаго суда, ограничивая ихъ лишь произнесеніемъ приговора или постановленіемъ рѣшенія. Безъ вмѣшательства суда или судьи въ извѣстной степени въ ходъ процесса, въ его инструкцію, было бы невозможно и самое разрѣшеніе спора. Не составляетъ уклоненіе отъ состязательнаго порядка все то, что предпринимается судомъ и его органами во имя публичнаго интереса или въ видахъ сбереженія времени, труда и судебныхъ издержекъ, или же для повѣрки и разъясненія требованій и возраженій сторонъ путемъ вопросовъ, мѣстнаго осмотра и экспертизы. Сюда относится цѣлый рядъ дѣйствій, предпринимаемыхъ по нашему уставу предсѣдателемъ или судомъ ex officio, независимо отъ требованія сторонъ (оставленіе прошенія безъ движенія, возвращеніе его, вызовъ сторонъ, сообщеніе имъ бумагъ, возбужденіе вопросовъ о подсудности, полномочіи, неправоспособности, пріостановленіе производства, повѣрка доказательствъ, назначеніе сроковъ для совершенія извѣстныхъ дѣйствій и т. п.). Приверженцы состязательнаго начала quand même упускаютъ изъ виду, что въ гражданскомъ процессѣ необходимо различать формальную сторону,

---

[1]) Брунъ, „Гражд. судопр.“ въ Энцикл. словарѣ изд. Брокгауза и Ефрона.

т. е. совокупность формъ и обрядовъ, сопровождающихъ начатіе, изслѣдованіе и окончаніе дѣла, и матеріальную сторону, т. е. всевозможныя требованія и возраженія сторонъ, касающіяся спорнаго права, средства защиты и способовъ доказыванія, реагирующіе на убѣжденіе суда. По общему правилу, инициатива сторонъ проявляется во всемъ томъ, что относится къ матеріальной сторонѣ процесса; обрядовая же его сторона, за весьма немногими исключеніями, уже не зависитъ отъ частной воли и находится подъ контролемъ и вѣдѣніемъ судебной власти. Въ уставѣ эти двѣ стороны строго не разграничены. Такъ, засѣданіе для слушанія дѣла въ первой инстанціи назначается не иначе, какъ по требованію или по просьбѣ тяжущихся (статьи 317, 318, 320, 321, 718, 719 и др.). По смыслу устава даже по истеченіи сроковъ, назначенныхъ закономъ или судомъ для совершенія тяжущимися извѣстныхъ процессуальныхъ дѣйствій, засѣданіе назначается не иначе, какъ по просьбѣ сторонъ. Только по дѣламъ, производящимся въ *сокращенномъ* порядкѣ, законъ 3 іюня 1891 года допускаетъ назначеніе дня засѣданія и помимо просьбы сторонъ (статьи 350 и 351 по прод. 1891 года). Для разрѣшенія дѣла законъ требуетъ явки обѣихъ сторонъ или одной изъ нихъ; въ послѣднемъ случаѣ должно быть заявлено ходатайство о разрѣшеніи дѣла. Въ случаѣ неявки обѣихъ сторонъ дѣло можетъ быть разрѣшено не иначе, какъ по письменной о томъ просьбѣ одной изъ нихъ; при отсутствіи же таковой дѣло исключается изъ очереди (статья 718). Такое широкое распространеніе инициативы сторонъ въ движеніи дѣла и разрѣшеніи *уже возникшаго* спора не оправдывается, по моему мнѣнію, идеею состязательнаго порядка и имѣетъ своимъ неизбѣжнымъ послѣдствіемъ, какъ свидѣтельствуетъ практика судовъ, чрезмѣрное развитіе письменности, накопленіе дѣлъ и медленное ихъ производство, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда участвующія въ дѣлѣ лица не живутъ въ томъ городѣ, гдѣ находится судъ. Казалось бы, что починъ въ возбужденіи дѣла вполнѣ проявляется *подачею искового прошенія*. Съ этого момента и со времени извѣщенія отвѣтчика о предъявленномъ искѣ спорное отношеніе должно считаться возникшимъ и *требующимъ разрѣшенія*. Въ фактѣ предъявленія иска уже содержится просьба о разрѣшеніи спора, и нѣтъ основанія ожидать вновь ходатайства стороны о назначеніи дѣла къ слушанію. По моему мнѣнію, слѣдовало бы предоставить самому суду или предсѣдателю, независимо отъ просьбы стороны, назначить дѣло къ слушанію, когда сроки, назначаемые закономъ или судомъ для подачи отвѣта или совершенія процессуальныхъ дѣйствій, уже истекли. О днѣ

засѣданія извѣщаются обѣ стороны, но неявка ихъ не должна бы служить препятствіемъ для разсмотрѣнія и разрѣшенія дѣла, такъ какъ явка есть право, а не обязанность. Такое положеніе существуетъ въ апелляціонномъ процессѣ безусловно, а въ первой инстанціи въ случаѣ просьбъ сторонъ о разсмотрѣніи дѣла въ ихъ отсутствіи (статьи 719, 719[1] и 770 уст. гражд. суд.). По просьбѣ обѣихъ сторонъ или одной изъ нихъ засѣданіе можетъ быть отсрочено, если судъ убѣдится, что такая отсрочка необходима для представленія какихъ-либо новыхъ по дѣлу доказательствъ, при чемъ, однако, долженъ быть назначенъ опредѣленный срокъ, *съ наступленіемъ котораго дѣло вносится вновь въ засѣданіе* для постановленія рѣшенія, и *дальнѣйшая отсрочка уже не допукается*. Каждому судебному дѣятелю хорошо извѣстно, что отъ возникновенія дѣла до окончанія его проходитъ много времени, благодаря главнымъ образомъ тому, что та или другая сторона нерѣдко безъ достаточнаго основанія проситъ объ отсрочкѣ засѣданія. Отсюда слѣдующее явленіе. Назначается къ слушанію извѣстное число дѣлъ, причемъ принимается въ соображеніе свойство дѣлъ, большая или меньшая сложность ихъ и время, необходимое для ихъ изученія; наступаетъ день засѣданія, стороны не являются или явившись просятъ объ отсрочкѣ засѣданія, или заявляютъ какое-либо новое частное ходатайство, и дѣло исключается изъ очереди, или постановляется частное опредѣленіе. И такое явленіе повторяется иногда нѣсколько разъ, чѣмъ очевидно затягивается производство и окончаніе другихъ дѣлъ, время и трудъ тратятся безплодно, число неоконченныхъ дѣлъ растетъ, издержки производства увеличиваются, и о судѣ скоромъ, понятно, не можетъ быть рѣчи. Единственнымъ, по нашему мнѣнію, коррективомъ могло бы быть установленіе для инструкціи дѣла преклюзивныхъ сроковъ, по истеченіи которыхъ не допускалась бы отсрочка засѣданія.

II.

Общій и сокращенный порядокъ.

Въ связи съ состязательнымъ процессомъ (Verhandfungsmaxime, procès contradictoire) находится двоякій порядокъ производства гражданскихъ дѣлъ: обыковенный или общій, сокращенный или суммарный. На этихъ двухъ главныхъ типахъ гражданскаго процесса остановились авторы учтава, въ отмѣну прежде существовавшей пестроты и разнообразія формъ производства. Эти два порядка производства соот-

вѣтствуютъ отчасти двумъ формамъ инструкціи дѣла: письменной и устной. «Письменное судопроизводство не слѣдуетъ отождествлять съ употребленіемъ письменности въ судѣ. Производство съ одними устными и непосредственными сношеніями составляетъ достояніе раннихъ ступеней развитія; въ настоящее время безъ письменности нельзя обойтись для подготовки процесса: она избавляетъ отъ безполезныхъ явокъ и отъ затяжекъ, она даетъ возможность фиксировать споры на случай будущихъ процессовъ; безъ нея сложныя дѣла не могли бы вовсе укладываться въ память судей. Предварительный обмѣнъ бумагъ не исключаетъ устности производства, если только стороны не связаны содержаніемъ бумагъ, а могутъ представлять на словахъ новые доводы, ссылаться на новыя доказаттльства, приводить новыя возраженія» (см. Брунъ «Гражд. судопр.». Въ древне-германскомъ и римскомъ правѣ господствующею формою процесса была устность; благодаря вліянію каноническаго права, по которому уже въ XII вѣкѣ для всѣхъ судебныхъ дѣйствій безусловно требовалась письменная форма, она получала господство и въ западно-европейскихъ судахъ. Однако, чрезмѣрное развитіе письменности, имѣвшее своимъ послѣдствіемъ замедленіе процесса и усиленный ростъ судебныхъ издержекъ возбуждало въ обществѣ ропотъ и вызывало реакцію въ пользу принципа устности въ судахъ. Въ современномъ гражданскомъ судопроизводствѣ принципъ письменности подвергается ограниченіямъ не только въ суммарномъ производствѣ, но и вообще по отношенію ко всѣмъ процессуальнымъ дѣйствіямъ, которыя по природѣ своей могутъ или должны быть совершаемы въ устной формѣ. Въ новомъ судебномъ правѣ устное производство противополагается письменному въ томъ смыслѣ, что судъ, по общему правилу, руководствуется лишь тѣмъ, что заявлено на словахъ, причемъ письменныя объясненія сторонъ имѣютъ лишь подготовительный характеръ и никоимъ образомъ не стѣсняютъ устнаго производства, такъ что послѣднее имѣетъ значеніе *непосредственности* (Unmittelbarkeit) производства передъ рѣшающимъ дѣло судомъ. Принципъ устности примѣняется у разныхъ народовъ не въ одинаковой степени. Такъ, во Франціи существуютъ: а) обыкновенное произвоoство въ окружныхъ судахъ; оно начинается внѣ суда обмѣномъ состязательныхъ бумагъ между сторонами или стряпчими (avoués), затѣмъ стряпчій той или другой стороны представляетъ секретарю записку съ требованіемъ о внесеніи дѣла въ очередной списокъ; въ засѣданіи стряпчіе прочитываютъ суду въ извлеченіи тѣ бумаги, которыми они обмѣнялись. Затѣмъ обыкновенно назначается другое засѣданіе для устнаго состязанія сторонъ и ихъ

адвокатовъ; если не представлено новыхъ объясненій, то дѣло рѣшается по тѣмъ даннымъ, которыя содержатся въ состязательныхъ бумагахъ; б) письменное производство (instruction par écrit); здѣсь устное состязаніе замѣняется подачею записокъ и докладомъ; производство это назначается по дѣламъ, требующимъ сложныхъ расчетовъ в) устное производство безъ предварительнаго обмѣна бумагъ примѣняется къ дѣламъ, производящимся въ сокращенномъ порядкѣ; здѣсь истецъ прямо вызываетъ отвѣтчика въ судъ повѣсткою, отвѣтчикъ выбираетъ стряпчаго или является въ судъ лично, и на судѣ происходитъ устное состязаніе и постановляется рѣшеніе. Противъ такого дѣленія процесса на обыкновенное и сокращенное производство, принятаго и итальянскимъ законодательствомъ, возражали, что въ дѣйствительности такъ наз. обыкновенный порядокъ составляетъ исключеніе, а сокращенный порядокъ—общее правило.

По германскому уставу гражд. судопр. словесному состязанію въ судебномъ засѣданіи окружнаго суда обыкновенно предшествуетъ письменная инструкція дѣла, но судъ принимаетъ въ соображеніе все, что заявлено въ устныхъ объясненіяхъ, хотя бы оно не содержалось въ состязательныхъ бумагахъ, и наоборотъ, оставляетъ безъ разсмотрѣнія изложенное въ бумагахъ, но не заявленное устно. Отсюда заключаютъ, что производство въ германскомъ процессѣ покоится на принципѣ устности, вѣрнѣе непосредственности (Mündlichkeit, Unmittelbarkeit).

Нашъ уставъ какъ мы сказали, принялъ два главныхъ типа производства гражданскихъ дѣлъ: обыкновенный или общій и сокращенный. По системѣ устава общій порядокъ состоитъ изъ двухъ стадій: письменной инструкціи дѣла или «предварительной письменной подготовки» и словеснаго или изустнаго состязанія. Письменная инструкція ограничена четырьмя состязательными бумагами. По мысли редакторовъ устава подъ это ограниченіе не подходятъ частныя прошенія вообще (объ отводахъ, о встрѣчномъ искѣ, о дополнительныхъ требованіяхъ, объ обезпеченіи спорнаго имущества и т. п.). Число подобныхъ бумагъ зависитъ отъ свойства дѣлъ, отъ условій, въ коихъ находится спорный предметъ и вообще отъ случая и потому не можетъ быть ограничено закономъ (статья 312 уст. гражд. суд., изд. госуд. канц.). Сокращенный порядокъ, измѣненный закономъ 3 іюня 1891 года, основанъ преимущественно на началѣ устности: по исковому прошенію прямо назначается засѣданіе, въ которое вызываются стороны, выслушиваются ихъ изустныя объясненія и постановляется рѣшеніе; лишь въ видѣ исключенія, судъ можетъ предоставить сто-

ренимъ представить по одному письменному объясненію (ст. 350 и 362 уст. гражд. суд.). Понятія—обыкновенный (общій) и сокращенный порядокъ—не отвѣчаютъ дѣйствительности. Всѣ дѣла, которыя по уставу должны производиться сокращеннымъ порядкомъ, возникаютъ изъ правовыхъ отношеній, наиболѣе встрѣчающихся въ юридическомъ быту. Эти отношенія рождаются на почвѣ экономическаго и гражданскаго оборота и они обыкновенно подаютъ поводъ къ спорамъ и составляютъ предметъ судебнаго разбирательства. Изъ другихъ же правоотношеній, въ ст. 349 уст. не перечисленныхъ, судебныя дѣла возникаютъ относительно рѣдко. Поэтому было бы правильнѣе дѣла перваго рода отнести къ *обыкновенному*, ординарному порядку, а для дѣлъ второй категоріи допускать нѣкоторыя исключенія изъ общаго порядка. Необходимо отмѣтить, что по уставу производство дѣлъ послѣдней категоріи въ общемъ порядкѣ не безусловно обязательно. Уставъ даетъ перечень дѣлъ, *обязательно* производящихся суммарнымъ порядкомъ; но и дѣла, не вошедшія въ этотъ перечень, могутъ производиться сокращеннымъ порядкомъ, «если тяжущіеся на сіе согласны, и судъ, съ своей стороны, не встрѣтитъ особыхъ къ тому препятствій» (ст. 348). Однако такое согласіе тяжущихся едва ли можетъ имѣть мѣсто. Вопросъ о порядкѣ производства дѣла долженъ быть рѣшенъ тотчасъ по вступленіи въ судъ искового прошенія, такъ какъ отъ этого зависитъ направленіе дѣла: въ общемъ порядкѣ тяжущимся назначается на явку мѣсячный срокъ и происходитъ письменная инструкція дѣла, въ сокращенномъ порядкѣ прямо назначается засѣданіе; исковое же прошеніе подается или поступаетъ въ судъ при отсутствіи отвѣтчика, слѣдовательно о соглашеніи тяжущихся въ моментъ предъявленія иска не можетъ быть рѣчи. Поэтому на практикѣ тѣ дѣла, которыя не перечислены въ ст. 349 уст. гражд. суд., eo ipso производятся въ общемъ порядкѣ.

Указанныя двѣ формы процесса утратили въ судебной практикѣ свои отличительныя черты, за исключеніемъ развѣ первоначальнаго вызова сторонъ для явки въ судъ и болѣе продолжительнаго апелляціоннаго срока по дѣламъ, производящимся въ обыкновенномъ порядкѣ. Благодаря эволюціи гражданскаго оборота, конструкція правовыхъ отношеній все болѣе и болѣе усложняется, столкновеніе правъ и интересовъ учащается и опытъ показываетъ, что дѣла, подчиненныя ex lege суммарному процессу, требуютъ нерѣдко гораздо болѣе глубокаго юридическаго анализа и изслѣдованія, чѣмъ дѣла, наприм. по спорамъ о правѣ на недвижимое имущество, отнесенныя къ общему порядку. Дѣйствительно, дѣла, касающіяся сферы договорнаго

права или имѣющія своимъ предметомъ вознагражденіе за убытки либо споръ о привилегіяхъ, вызываютъ часто по сложности своей продолжительную письменную инструкцію, сопровождаемую многократнымъ обмѣномъ бумагъ и цѣлымъ рядомъ процессуальныхъ дѣйствій, направленныхъ къ фиксированію спора и образованію судейскаго убѣжденія. Съ другой стороны, дѣла напр. о недвижимомъ имуществѣ или споры о наслѣдствѣ поддаются нерѣдко по простотѣ своей конструкціи скорому разрѣшенію въ положительномъ или отрицательномъ смыслѣ по одному исковому прошенію и представленнымъ при немъ доказательствамъ, не требуя никакой предварительной письменной подготовки. Является такимъ образомъ диссонансъ между живою дѣйствительностью и закономъ. Это въ свою очередь порождаетъ неопредѣленность и случайность въ движеніи дѣла и ставитъ форму процесса и продолжительность его въ зависимость отъ субъективныхъ, иногда произвольныхъ взглядовъ сторонъ. Было бы, мнѣ кажется, цѣлесообразнѣе установить *одну* главную систему производства, въ которой сочетались бы обѣ формы инструкціи дѣлъ съ преобладаніемъ той или другой, смотря по юридической конструкціи *даннаго* дѣла. Для болѣе успѣшнаго отправленія правосудія было бы, по моему мнѣнію, полезно установить слѣдующій порядокъ производства гражданскихъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ. По вступленіи въ судъ исковаго прошенія предсѣдатель (предсѣд. въ отдѣленіи) по обозрѣніи его рѣшаетъ вопросъ, соображаясь съ свойствомъ иска и подкрѣпляющихъ его доказательствъ, нужна ли и въ какой степени письменная инструкція или нѣтъ? Въ первомъ случаѣ отвѣтчику сообщается копія прошенія и приложеній и *назначается опредѣленный* срокъ, болѣе или менѣе продолжительный, на представленіе письменнаго отвѣта; во второмъ случаѣ дѣло назначается къ слушанію съ вызовомъ обѣихъ сторонъ въ судебное засѣданіе и сообщеніемъ отвѣтчику копіи исковаго прошенія и приложеній; день слушанія дѣла назначается съ такимъ расчетомъ, чтобы отвѣтчикъ имѣлъ возможность приготовиться къ защитѣ. Вмѣстѣ съ тѣмъ предсѣдатель разрѣшаетъ также такія частныя ходатайства истца, заявленныя въ исковомъ прошеніи (напр. объ обезпеченіи иска, о выдачѣ свидѣтельства на представленіе справокъ или документовъ и др.), которыя не требуютъ предварительнаго выслушанія объясненій противной стороны. По вступленіи *отвѣта* или по истеченіи назначеннаго для подачи его срока предсѣдатель, не ожидая просьбы сторонъ, назначаетъ дѣло къ слушанію и о днѣ засѣданія извѣщаются стороны, причемъ истцу сообщается копія отвѣта и приложеній. Такой порядокъ про-

изводства можетъ быть, по моему мнѣнію, съ пользою примѣняемъ при условіи точнаго соблюденія правила (на практикѣ, къ сожалѣнію, не примѣняемаго), въ силу котораго истецъ обязанъ представить всѣ документы, на коихъ основанъ его искъ, при самой подачѣ исковаго прошенія, а отвѣтчикъ—всѣ документы, на коихъ основаны его возраженія противъ иска, не позднѣе перваго (судебнаго) засѣданія по дѣлу (ст. 353 уст. гражд. суд.). Отсрочка засѣданія для представленія новыхъ документовъ можетъ быть допускаема только въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 356 и 357 устава. Точно также должно сохранить свое дѣйствіе правило, по которому, если судъ при разсмотрѣніи дѣла убѣдится, что оно по сложности своей не можетъ быть разъяснено словеснымъ состязаніемъ (хотя бы ему предшествовалъ письменный отвѣтъ), то отъ него зависитъ предоставить тяжущимся представить по одному письменному объясненію (ст. 362). Такимъ образомъ отъ убѣжденія суда, основаннаго на природѣ спорнаго отношенія, которое составляетъ предметъ иска, будетъ зависѣть преобладаніе въ производствѣ того или другого дѣла принципа письменности или устности. Въ настоящее время, насколько извѣстно, словесное состяваніе утратило почти всякое значеніе отъ того главнымъ образомъ, что вся аргументація требованій и возраженій сторонъ излагается съ излишнею даже подробностью въ бумагахъ такъ, что изустныя объясненія суть ничто иное, какъ повтореніе того, что уже раньше было написано и суду доложено. За немногими исключеніями, словесное состязаніе не освѣщаетъ тѣхъ сторонъ въ дѣлѣ, которыя почему либо представляются неясными, и не даетъ прямого отвѣта на вопросы, сами собою выступающіе при разсмотрѣніи дѣла. Отчасти, благодаря усвоенному одностороннему взгляду на состязательный процессъ, отчасти изъ опасенія нарушить внѣшній порядокъ засѣданія, многіе судьи не рѣшаются сдерживать «судоговореніе» въ надлежащихъ предѣлахъ, руководить преніями сторонъ, ставить имъ нужные для разъясненія дѣла вопросы, объявить имъ, что тотъ или другой фактъ по дѣлу не обоснованъ надлежащими доказательствами и т. д. Считается также почему-то неумѣстнымъ потребовать *личной* явки истца или отвѣтчика, когда ихъ замѣняютъ представители, хотя во многихъ случаяхъ личныя объясненія самихъ тяжущихся могли бы проливать свѣтъ на дѣло, восполнять его пробѣлы и способствовать раскрытію матеріальной правды. Замѣчу, что германскій уставъ 1877 года прямо высказывается за починъ судей по этимъ предметамъ и не усматриваетъ въ этомъ нарушенія состязательнаго принципа (ст. 129—132). По моему мнѣнію, въ исковомъ прошеніи и въ отвѣтной

бумагѣ должны бы быть фиксированы спорные пункты и намѣчены главные аргументы, дальнѣйшее же ихъ развитіе должно бы составлять предметъ словеснаго состязанія, причемъ для удержанія въ памяти судей изустныхъ объясненій сторонъ, они бы могли быть, по распоряженію предсѣдателя или по требованію сторонъ, записаны въ протоколъ засѣданія. Необходимо замѣтить, что протоколы эти въ нынѣшнемъ ихъ видѣ, по ихъ безсодержательности, могли бы быть совершенно исключены изъ дѣла безъ всякаго для него ущерба. Они ограничиваются обыкновенно стереотипными фразами, что истецъ поддерживалъ свои исковыя требованія и отвѣтчикъ свои возраженія. Впрочемъ, въ самомъ уставѣ не опредѣлено съ точностью значеніе протокола судебнаго засѣданія по гражданскимъ дѣламъ и что собственно онъ долженъ въ себѣ содержать [1]). Одновременно со введеніемъ *одного* порядка производства гражданскихъ дѣлъ въ окружномъ судѣ (вмѣсто существующихъ нынѣ обыкновеннаго и сокращеннаго порядковъ) слѣдовало бы также въ видахъ ускоренія производства установить *одинъ* общій для всѣхъ дѣлъ мѣсячный срокъ для обжалованія рѣшеній въ апелляціонномъ порядкѣ и сократить на половину срокъ для принесенія кассаціонныхъ жалобъ. Отъ такого сокращенія интересы сторонъ нисколько не пострадаютъ, а скорѣе выиграютъ; всѣмъ близко стоящимъ къ суду извѣстно, что апелляціонныя и кассаціонныя жалобы, нерѣдко самыя несложныя, подаются, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, въ послѣдній день срока; это объясняется тѣмъ, что къ составленію жалобы приступаютъ уже тогда, когда приближается окончаніе срока (см. «Процессъ исполненія рѣшеній по новому закону»).

III.

Заочное рѣшеніе и отзывъ.

Предлагаемый порядокъ направленія и производства гражданскихъ дѣлъ представляется однимъ изъ коррективовъ все болѣе возрастающей письменности въ гражданскомъ судѣ, медленности въ производствѣ и рѣшеніи дѣлъ и дороговизны гражданской юстиціи. Мы уже упомянули, что неявка сторонъ въ засѣданіе не должна бы служить препятствіемъ къ разсмотрѣнію дѣла по существу, а тѣмъ менѣе къ обсужденію частныхъ ходатайствъ сторонъ, если, разумѣется, онѣ

[1]) См. „О сокращеніи письменной работы въ гражданскомъ судѣ“,

извѣщены были о днѣ засѣданія, развѣ судъ призналъ бы необходимымъ выслушать ихъ словесныя объясненія. Явка на судъ и послѣдствія неявки носятъ на себѣ слѣды происхожденія древняго суда изъ договора сторонъ. Всѣ древнія законодательства требовали, чтобы на судѣ непремѣнно присутствовали обѣ стороны. Отсюда происходитъ и институтъ заочнаго рѣшенія. Въ древности оно составляетъ крайнее и анормальное средство, къ которому обращаются лишь тогда, когда исчерпаны всѣ понужденія отвѣтчика къ явкѣ. Въ Римѣ первоначально отвѣтчикъ призывался истцомъ на судъ насильственнымъ способомъ (in jus vocatio); въ императорскую эпоху, когда вызовъ производился чрезъ органы суда, постановлялось въ случаѣ неявки отвѣтчика заочное рѣшеніе, которое считалось для него окончательнымъ и не подлежало даже апелляціи; въ то время обязательность явки распространялась и на истца; въ случаѣ его неявки судья прекращалъ дѣло (absolutio ab instantia) или рѣшалъ дѣло по существу и окончательно противъ истца. У новыхъ народовъ Европы заочное разбирательство въ исторической своей эволюціи характеризуется неоднократными вызовами сторонъ, наложеніемъ на нихъ штрафовъ за неявку, присужденіемъ истцу его требованій, безъ повѣрки доказательствъ, или же безповоротною потерею истцомъ самаго права на искъ, постановленіемъ въ случаѣ неявки одной изъ сторонъ окончательнаго рѣшенія, большею частью не подлежащаго даже обжалованію. Подобная же система процесса проведена была и у насъ по производству дѣла судомъ по формѣ, установленной указомъ 1723 года. Отвѣтчикъ обязанъ былъ явиться самъ или прислать вмѣсто себя повѣреннаго; если онъ по тремъ, доставленнымъ къ нему повѣсткамъ, не явился, то онъ, по общему правилу, обвинялся въ искѣ безъ суда, т. е. безъ судоговоренія, а въ случаѣ неявки истца, при явкѣ отвѣтчика, первый лишался иска (ст. 1073—1075, 1089, 1092 X т. 2 ч., изд. 1857 г.). Любопытно постановленіе, по которому, когда отвѣтчикъ не отвѣчаетъ по упрямству на прошеніе истца, то подвергается аресту на недѣлю, по истеченіи которой и по неполученіи отвѣта, онъ обвиняется въ искѣ (ib. ст. 1103). Всѣ эти суровыя мѣры, коренящіяся въ античномъ воззрѣніи на значеніе судебнаго разбирательства и въ смѣшеніи гражданскаго процесса съ уголовнымъ, должны были уступить въ новѣйшее время болѣе раціональной системѣ судопроизводства. Какъ особый институтъ, заочное рѣшеніе развилось сначала во Франціи. Особенность этого института проявляется главнымъ образомъ въ своеобразномъ способѣ обжалованія его, именно въ отзывѣ (opposition, Einspruch).

Этотъ способъ обжалованія примѣняется главнымъ образомъ тамъ, гдѣ преобладаетъ устная форма процесса; отзывъ развился сначала во Франціи, а затѣмъ принятъ и другими законодательствами. Нашъ сводъ не зналъ отзыва на заочное рѣшеніе, а допускалъ только обыкновенныя жалобы въ высшую инстанцію (ст. 290 X т. 2 ч., прим. изд., 1857 г.). Уставъ, въ отличіе отъ прежняго процесса, обязываетъ судебныя мѣста постановлять заочное рѣшеніе не иначе, какъ *по доказательствамъ* и предоставляетъ отвѣтчику право подачею отзыва просить о возстановленіи общаго порядка производства дѣла, причемъ уставъ не различаетъ обыкновеннаго порядка отъ сокращеннаго, хотя такое различіе должно бы имѣть весьма существенное значеніе. При составленіи судебныхъ уставовъ высказано было мнѣніе, однако не принятое при окончательной редакціи, что въ видахъ правильнаго развитія *словеснаго* процесса слѣдуетъ принять за правило, что заочное рѣшеніе (слѣдовательно и подача отзыва) допускается только въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ не подалъ лично или не прислалъ письменнаго отвѣта (уст. гражд. суд., изд. госуд. канц. стр. 328). Въ основѣ устнаго процесса лежитъ та мысль, что словесное состязаніе сторонъ необходимо для разъясненія дѣла, что, не выслушавъ словесныхъ объясненій, судъ можетъ впасть въ ошибку и постановить неправильное рѣшеніе. Казалось бы поэтому, что тамъ, гдѣ устность соединена съ письменною формою процесса, нѣтъ необходимости предоставлять не явившемуся въ засѣданіе отвѣтчику право обжалованія рѣшенія путемъ отзыва, Замѣчу, что подобно прежнему нашему судебному законодательству, уставъ судопр. торг. и итал. уставъ допускаютъ только *общіе* способы обжалованія заочныхъ рѣшеній. Долголѣтній опытъ «новаго суда» убѣждаетъ, что широкое примѣненіе института отзыва, независимо отъ порядка производства дѣла, ведетъ нерѣдко къ нежелательнымъ результатамъ. Очень часто отвѣтчикъ не является въ засѣданіе съ тою единственно цѣлью, чтобы имѣть возможность, въ случаѣ постановленія рѣшенія противъ него, подать отзывъ о новомъ разсмотрѣніи дѣла. Въ этомъ отзывѣ часто отвѣтчикъ ограничивается просьбою о признаніи заочнаго рѣшенія недѣйствительнымъ, воздерживаясь отъ возраженій и объясненій по существу дѣла, или же возбуждаетъ частные вопросы (объ отводахъ, о привлеченіи третьихъ лицъ, о повѣркѣ доказательствъ и пр.). Назначается засѣданіе по вопросу о принятіи отзыва и затѣмъ другое засѣданіе для новаго разсмотрѣнія дѣла и для постановленія новаго рѣшенія, которое можетъ быть опять обжаловано отвѣтчикомъ въ апелляціон-

номъ порядкѣ; въ случаѣ непринятія судомъ отзыва, опредѣленіе суда по этому предмету можетъ быть обжаловано въ частномъ порядкѣ отдѣльно отъ апелляціи; число бумагъ возрастаетъ, трудъ судей и канцеляріи, и безъ того тяжелый, усиливается, разрѣшеніе дѣла затягивается къ прямому ущербу лица, права котораго дѣйствительно нарушены. Такое положеніе вещей вызвало нѣкоторыя законодательныя мѣры, направленныя противъ неявившагося въ засѣданіе отвѣтчика. Такъ, закономъ 12 іюня 1890 года допускается предварительное исполненіе, когда рѣшеніе постановлено заочно (статья 737 уст.); принятіе отзыва не влечетъ за собою ipso jure, какъ это было прежде, недѣйствительности заочнаго рѣшенія: оно теряетъ силу лишь послѣ новаго разсмотрѣнія дѣла и постановленія новаго рѣшенія (статья 731 въ новой редакціи). При производствѣ дѣла у земскаго начальника или городского судьи въ отзывѣ на заочное рѣшеніе отвѣтчикъ обязанъ объяснить причину своей неявки къ назначенному сроку; если эта причина признана неуважительною, то прежнее рѣшеніе оставляется въ силѣ (статьи 96 и 97 закона 29 декабря 1889 года). Эта послѣдняя новелла не распространяется, конечно, на производство дѣлъ въ общихъ судахъ. Всѣ эти поправки не лишаютъ однако отвѣтчика возможности парализовать дѣйствіе заочнаго рѣшенія. Онъ можетъ просить при самомъ предъявленіи отзыва о пріостановленіи предварительнаго исполненія рѣшенія (статья 732 въ новой редакціи). По моему мнѣнію, чтобы уравновѣсить права обѣихъ сторонъ въ процессѣ (неявившійся истецъ не имѣетъ по уставу права подачи отзыва на постановленное противъ него заочное рѣшеніе), слѣдовало бы ограничить право на подачу отзыва лишь тѣми случаями, когда дѣло назначено *прямо* въ засѣданіе безъ предварительнаго назначенія отвѣтчику срока на подачу письменнаго отвѣта (см. выше); здѣсь отвѣтчикъ ограниченъ представленіемъ изустныхъ объясненій, и недопущеніе отзыва было бы несправедливымъ стѣсненіемъ права судебной защиты; отзывъ въ этомъ случаѣ замѣняетъ тѣ объясненія и возраженія, которыя должны были бы быть предъявлены отвѣтчикомъ въ судебномъ засѣданіи. Но когда засѣданію предшествовала письменная инструкція дѣла, т. е. отвѣтчику назначенъ былъ срокъ на представленіе письменнаго отвѣта и таковой поданъ, то нѣтъ основанія при неявкѣ отвѣтчика въ засѣданіе дать ему возможность поколебать заочное рѣшеніе путемъ отзыва. Онъ не долженъ быть допущенъ и въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ въ назначенный ему срокъ отвѣта не подалъ и затѣмъ въ засѣданіе не явился; отъ него зависѣло воспользоваться правомъ

защиты письменно и устно и поэтому онъ можетъ обжаловать заочное рѣшеніе (какъ и истецъ) лишь въ апелляціонномъ порядкѣ. Не слѣдуетъ при этомъ забывать, что по нашему уставу заочное рѣшеніе, въ отношеніи провѣрки доказательствъ истца, ничѣмъ не отличается отъ состязательнаго рѣшенія: судъ провѣряетъ закономѣрность требованій истца (статья 722). Итакъ, слѣдовало бы, по моему мнѣнію, остановиться на томъ общемъ положеніи, что по тѣмъ только дѣламъ, въ которыхъ преобладаетъ принципъ устности, отзывъ допускается, а по другимъ нѣтъ. Это значительно уменьшитъ числю заочныхъ рѣшеній, сократитъ трудъ и издержки производства, ускоритъ движеніе и разрѣшеніе дѣлъ безъ малѣйшаго вреда для правосудія.

IV.

Предѣльный моментъ представленія доказательствъ.

Къ числу причинъ, усложняющихъ и затягивающихъ гражданскій процессъ, слѣдуетъ отнести отсутствіе въ уставѣ предѣльнаго момента для представленія сторонами доказательствъ. Правда, уставъ требуетъ, чтобы истецъ представилъ всѣ документы, на коихъ основанъ его искъ, при самой подачѣ искового прошенія, а отвѣтчикъ— всѣ документы, на коихъ основаны его возраженія противъ иска— не позднѣе перваго засѣданія по дѣлу (статья 353 въ новой редакціи), но, во первыхъ, требованіе это касается лишь дѣлъ сокращеннаго порядка, во вторыхъ, оно относится только къ *письменнымъ* доказательствамъ и, наконецъ, оно на практикѣ не соблюдается. Въ современномъ гражданскомъ процессѣ тяжущіеся представляютъ доказательства одновременно съ изложеніемъ обстоятельствъ дѣла или же дѣлаютъ ссылку на доказательства, которыя будутъ представлены. Въ послѣднемъ случаѣ является необходимость въ *судебномъ опредѣленіи* по вопросу о допущеніи и представленіи доказательствъ. Въ исторіи судопроизводства эти опредѣленія имѣли иногда первенствующее значеніе; таковы были рѣшенія о доказательствахъ (Beweisurtheil, Beweisinterlocut), въ которыхъ судъ опредѣлялъ, что именно должно быть доказано, на комъ лежитъ onus probandi и въ *какой срокъ* доказательства должны быть представлены. Эти постановленія имѣли значеніе предварительнаго или условнаго рѣшенія (Vorurtheil); на нихъ допускалась апелляція. Они были обязательны, какъ для сторонъ, такъ и для суда. Нашъ уставъ, какъ

и германскій 1877 года, не знаетъ подобныхъ условныхъ рѣшеній о доказательствахъ. У насъ при производствѣ дѣла, какъ въ общемъ, такъ и въ сокращенномъ порядкѣ, доказательства представляются *неограниченно* во все время процесса въ окружномъ судѣ *и въ судебной палатѣ;* вслѣдствіе этого разсмотрѣніе дѣла нерѣдко откладывается, засѣданіе по одному и тому же дѣлу назначается по нѣскольку разъ; по большинству дѣлъ, благодаря въ особенности кассаціонной практикѣ, расширяющей примѣненіе статьи 409 уст. гражд. суд., допускаются свидѣтели,—не всегда надежное доказательство. Формализмъ, окружающій допросъ свидѣтелей, всѣмъ извѣстенъ. Часто объ одномъ и томъ же фактѣ допрашиваются послѣдовательно нѣсколько серій свидѣтелей: если показанія однихъ не оправдываютъ ожиданій стороны, она требуетъ вызова новыхъ свидѣтелей, и это повторяется до тѣхъ поръ, пока не постановлено окончательное по дѣлу рѣшеніе. Ненормальность такого явленія и невыгодныя его послѣдствія ярко выступаютъ въ особенности со времени введенія института уѣздныхъ членовъ окружныхъ судовъ; допросъ свидѣтелей поручается часто ему, такъ что судъ ихъ не видитъ и не слышитъ; дѣло рѣшается на основаніи протоколовъ свидѣтельскихъ показаній. Уѣздному же члену поручается, въ силу прямого требованія закона, повѣрка доказательствъ (осмотръ на мѣстѣ, дознаніе чрезъ окольныхъ людей, экспертиза), и дѣло рѣшается на основаніи данныхъ, добытыхъ, можно сказать, внѣ суда, лицомъ, не участвующимъ въ разсмотрѣніи дѣла. Отсутствіе въ законѣ предѣльнаго срока или момента для представленія доказательствъ ведетъ къ тому, что вся почти инструкція дѣла происходитъ въ апелляціонной инстанціи; здѣсь главнымъ образомъ сосредоточивается собираніе и представленіе сторонами доказательствъ въ формѣ актовъ или свидѣтелей и повѣрки доказательствъ, такъ что изслѣдованіе дѣла, аргументація требованій и возраженій сторонъ, фактическая и юридическая разработка дѣла переносится всецѣло во *вторую* степень суда. Можно думать, что первая инстанція потеряла въ глазахъ тяжущихся всякій авторитетъ, что она имѣетъ для нихъ значеніе лишь предварительной, подготовительной стадіи процесса и что дѣло разрѣшается, вопреки требованію статьи 11 устава, въ *одной* только судебной инстанціи. Понятно, что при такихъ условіяхъ движеніе и окончаніе дѣла во второй инстанціи задерживается разными инцидентными распоряженіями и опредѣленіями по частнымъ вопросамъ. Обыкновенно допросъ напр. свидѣтелей, указанныхъ сторонами, производство мѣстнаго осмотра, дознанія чрезъ окольныхъ людей,

экспертизы поручаются палатою окружному суду, куда и отсылается все дѣло. Судъ назначаетъ сторонамъ срокъ для представленія денегъ, нужныхъ для производства означенныхъ дѣйствій; затѣмъ, если они должны быть совершаемы въ уѣздѣ, то дѣло отсылается къ уѣздному члену окружнаго суда, такъ что проходитъ не мало времени, тратится много канцелярскаго труда и денегъ до возвращенія дѣла въ палату. Но и послѣ этого стороны иногда заявляютъ новыя ходатайства о допросѣ новыхъ свидѣтелей, о новой повѣркѣ доказательствъ и проч.

По этому поводу нелишне вспомнить слова Бентама, «что апелляція можетъ служить средствомъ для продолженія дѣла, начатаго по злобѣ, для обремененія небогатаго противника издержками, для утомленія его заботами, отвлекающими отъ другихъ занятій, наконецъ, можетъ быть употреблена, какъ средство воспользоваться обстоятельствами, благопріятными для незаконнаго умысла. Какое преимущество она представляетъ сильному предъ слабымъ!» По мнѣнію Бентама, первое и самое дѣйствительное средство уменьшить по возможности неудобство апелляціи заключается въ томъ, что апелляціонный судъ не можетъ полагать въ основаніе своего рѣшенія другихъ доказательствъ, кромѣ бывшихъ уже на разсмотрѣніи суда, на который подана апелляція («О судоустройствѣ», стр. 142—143).

Законодательство и судъ должны пользоваться своимъ верховнымъ правомъ бороться противъ затяжки процесса и противъ искусственныхъ его осложненій, нерѣдко затемняющихъ истину и мѣшающихъ выработкѣ судейскаго убѣжденія. Въ законѣ слѣдуетъ установить крайній предѣлъ для представленія доказательствъ или ссылки на нихъ точно также, какъ это установлено для другихъ процессуальныхъ дѣйствій, напр. для отводовъ, встрѣчныхъ исковъ, привлеченія третьяго лица и др. Въ нашемъ современномъ гражданскомъ процессѣ нѣтъ формальнаго разграниченія между изложеніемъ обстоятельствъ дѣла и представленіемъ доказательствъ. Изъ разныхъ мѣстъ устава можно, кажется, вывести принципъ *одновременнаю* представленія заявленій о фактахъ и доказательствахъ, т. е. послѣднія должны быть указаны въ то же время, какъ сдѣлано заявленіе, требующее доказательства (статьи 54, 257, 315, 353, 745 и др.). Этотъ принципъ, понятно, не долженъ преграждать сторонамъ путь къ правосудію: необходимость въ представленіи доказательствъ можетъ быть вызвана непредвидѣнными возраженіями противника или самыя средства доказательства могутъ быть открыты только во время производства дѣла. Вотъ почему по уставу въ общемъ порядкѣ судопро-

изводства тяжущіеся при словесномъ состязаніи могутъ приводить новые доводы и доказательства къ разъясненію дѣла (статья 331).

Съ нашей точки зрѣнія, отвергающей двоякую форму производства дѣла, слѣдовало бы постановить, что представленіе доказательствъ или ссылка на нихъ допускается не позже перваго засѣданія, назначеннаго для разсмотрѣнія дѣла по существу, а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ допускается отзывъ на заочное рѣшеніе (см. выше), при подачѣ его могутъ быть представлены доказательства или сдѣлана ссылка на нихъ. Если въ первомъ засѣданіи по существу дѣла или въ засѣданіи по случаю подачи отзыва судомъ постановлено опредѣленіе по вопросу о доказательствахъ, то съ этого момента дальнѣйшее представленіе таковыхъ не должно быть допускаемо. Въ апелляціонной истанціи, а въ первой послѣ указанныхъ моментовъ— могутъ быть представлены только вновь открывшіяся доказательства, которыя не могли быть извѣстны сторонѣ прежде, а также могутъ быть предприняты по усмотрѣнію суда осмотръ на мѣстѣ и экспертиза. Само собою разумѣется, что если первая инстанція уклонилась безъ достаточныхъ основаній отъ принятія и разсмотрѣнія доказательствъ, на которыя стороны ссылались, то они могутъ быть представлены въ апелляціонной инстанціи (ср. ст. 120 правилъ 29 декабря 1889 года). Такая система представленія доказательствъ, не лишая тяжущихся дѣйствительныхъ гарантій въ защитѣ своихъ правъ, послужила бы, по моему мнѣнію, коррективомъ указанныхъ выше явленій, вредящихъ правильному ходу юстиціи. Въ сущности предлагаемая мѣра находитъ себѣ отчасти оправданіе и въ дѣйствующемъ законѣ. Съ одной стороны, представленіе новыхъ доказательствъ въ первой инстанціи пріурочено къ словесному состязанію (ст. 331, 339), съ другой, по смыслу ст. 745 п. 2, 771 и 812 уст. гражд. суд., въ апелляціонной жалобѣ должно быть объяснено, какими обстоятельствами дѣла или законами (а не новыми доказательствами, какъ это постановлено относительно исковыхъ прошеній въ 5 п. ст. 257) отвергается правильность *рѣшенія* (а не *иска*), а при производствѣ дѣла въ апелляціонной инстанціи допускается только *повѣрка доказательствъ*, подъ которою законъ разумѣетъ осмотръ и экспертизу (ст. 499 и слѣд.).

V.

Участіе прокурора.

Вводя состязательный процессъ, составители устава не рѣшились однако совершенно устранить участіе лица прокурорскаго надзора въ гражданскихъ дѣлахъ. Участіе это проявляется въ Сенатѣ *по всѣмъ* дѣламъ, въ окружномъ судѣ и судебной палатѣ по дѣламъ извѣстныхъ категорій, «въ которыхъ, по словамъ редакторовъ устава, нужно особое правительственное попеченіе»; прокуроръ здѣсь является «представителемъ точнаго разума дѣйствующихъ узаконеній и защитникомъ во *имя закона* тѣхъ лицъ, юридическихъ или физическихъ, кои по естественному порядку вещей не могутъ лично предстать предъ судомъ и представители коихъ не могутъ по положенію своему принимать непосредственнаго участія въ дѣлѣ» (ст. 343 уст. гражд. суд., изд. госуд. канц.). Участіе прокурорскаго надзора въ гражданскомъ процессѣ существуетъ въ нѣкоторыхъ западно-европейскихъ законодательствахъ, между прочимъ и во французскомъ. По германскому уставу 1877 года это участіе сохранено лишь по дѣламъ брачнымъ и о признаніи лица состоящимъ подъ прещеніемъ (Ehesachen и Entmündigungssachen). Германскіе юристы высказывались вообще противъ вмѣшательства прокуратуры въ гражданскія дѣла (см. Малышевъ — Курсъ гражд. судопр. ч. I, стр. 391). Въ нашей судебной практикѣ, насколько извѣстно, участіе прокурора не приноситъ той пользы въ дѣлѣ гражданскаго правосудія, которую имѣли въ виду редакторы устава. Какъ магистратура, такъ и самъ прокурорскій надзоръ, не придаютъ серьезнаго значенія возложенной на него функціи (я говорю о дѣлахъ, производящихся въ окружныхъ судахъ и судебныхъ палатахъ). Вся дѣятельность прокуратуры, какъ извѣстно, сосредоточивается на дѣлахъ уголовныхъ и ими поглощается. Наблюденіе за производствомъ предварительныхъ слѣдствій, составленіе обвинительныхъ актовъ, обвиненіе на судѣ, въ публичныхъ засѣданіяхъ, участіе въ распорядительныхъ уголовныхъ засѣданіяхъ и многія другія функціи требуютъ отъ лицъ прокурорскаго надзора большаго запаса знаній въ области уголовнаго права и процесса, жизненнаго опыта и сверхъ того напряженнаго труда. Съ этой точки зрѣнія, нельзя и требовать отъ лица прокурорскаго надзора основательнаго знакомства съ нормами гражданскаго права и процесса, съ судебною практикою по гражданскимъ дѣламъ. Нельзя поэтому ожидать отъ прокурорскаго заключенія существенной пользы. Оно могло бы быть,

по моему мнѣнію, совершенно устранено, безъ всякаго ущерба для гражданской юстиціи. Въ томъ видѣ, въ какомъ участіе прокурора проявляется въ дѣйствительности, оно совершенно излишне. Мало того, оно задерживаетъ движеніе и окончаніе дѣла. Дѣло, по которому требуется заключеніе прокурора, должно быть препровождено къ нему по крайней мѣрѣ за три дня до доклада (статья 344). Соблюденіе этого правила приводитъ къ слѣдующему результату. Если дѣло, по свойству своему, по числу представленныхъ сторонами документовъ, сложное, членъ-докладчикъ лишенъ почти возможности возобновить въ своей памяти обстоятельства дѣла передъ самымъ докладомъ. По дѣламъ простымъ и несложнымъ, требующимъ неотлагательнаго рѣшенія, не можетъ быть назначено засѣданіе въ первый присутственный день послѣ врученія отвѣтчику повѣстки (статья 351 въ новой редакціи). Наконецъ, разсмотрѣніе дѣла иногда откладывается за неприбытіемъ въ засѣданіе лица прокурорскаго надзора (вслѣдствіе ограниченности личнаго его состава, особенно въ провинціальныхъ судахъ), или когда изъ словеснаго состязанія обнаруживается въ дѣлѣ обстоятельство, требующее заключенія прокурора. Надо при этомъ замѣтить, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ, какъ свидѣтельствуетъ практика судовъ, прокурорское заключеніе обратилось въ совершенно безполезный обрядъ, несоблюденіе котораго служитъ однако поводомъ кассаціи рѣшенія, само по себѣ правильнаго (см. мое сочиненіе «Движеніе русск. гражд. процесса», стр. 45—51).

VI.

Новые порядки производства дѣлъ.

Въ судебномъ нашемъ законодательствѣ за послѣднее пятилѣтіе замѣчаются два теченія: съ одной стороны формализмъ гражданскаго процесса повидимому сокращается и упрощается, ускоряется его движеніе и органы его становятся ближе къ населенію; съ другой—механизмъ гражданскаго суда усложняется, порядки и органы его разнородны и разнообразны, причемъ, однако, отличительныя черты этихъ порядковъ и переходъ отъ одного къ другому почти неуловимы. Въ настоящее время пестрота и разнообразіе органовъ юстиціи и процессуальныхъ системъ въ состояніи смущать даже опытнаго юриста, не говоря уже о народной массѣ, не свѣдущей въ юридической техникѣ. Такъ, напр., чрезвычайно трудно усвоить себѣ отчет-

ливо предметы и предѣлы вѣдомства преобразованнаго волостного суда, земскихъ начальниковъ, городскихъ судей, уѣздныхъ членовъ окружнаго суда и самого суда. Благодаря обилію судебныхъ инстанцій первой степени (мы ужъ не говоримъ объ апелляціонныхъ и кассаціонныхъ инстанціяхъ, изученіе которыхъ требуетъ не меньше труда), быстрое и своевременное полученіе судебной помощи крайне затруднительно: прежде, чѣмъ отыскать подлежащій судъ, проходитъ не мало времени, можетъ даже случиться, что въ этихъ поискахъ или обращеніяхъ не въ компетентный судъ истецъ потеряетъ право иска, или отыскиваемое имущество будетъ растрачено или уничтожено. Къ прежде существовавшимъ порядкамъ судопроизводства присоединились теперь новые: производство у земскаго начальника или городского судьи, упрощенный порядокъ судопроизводства и понудительное исполненіе по актамъ. Подвергся также немаловажнымъ измѣненіямъ гражданскій процессъ въ окружномъ судѣ (законъ 12 іюля 1890 года о заочномъ разбирательствѣ и о предварительномъ исполненіи; законъ 3 іюня 1891 года относительно сокращеннаго порядка судопроизводства). Особаго вниманія заслуживаютъ упрощенный порядокъ [1]) и понудительное исполненіе по актамъ.

Первая особенность упрощеннаго порядка со стороны *субъективной*, отличающая его отъ сокращеннаго порядка судопроизводства— единоличность судебной власти: дѣло производится и разрѣшается членомъ окружнаго суда (ст. 365^{5} уст. гражд. суд.). Территоріальная подсудность въ упрощенномъ порядкѣ опредѣляется исключительно мѣстомъ постояннаго жительства или временнаго пребыванія отвѣтчика (ст. 365^{3}). Когда искъ относится къ отвѣтчику, имѣющему пребываніе въ уѣздѣ, дѣло подсудно мѣстному уѣздному члену окружнаго суда (ст. 365^{6}). *Съ объективной* стороны упрощенный порядокъ отличается отъ сокращеннаго тѣмъ, что въ послѣднемъ *могутъ* производить *всѣ* дѣла, если тяжущіеся на то согласны и судъ съ своей стороны не встрѣчаетъ особыхъ къ тому препятствій, и кромѣ того, *должны* производиться дѣла, перечисленныя въ ст. 349 уст. гражд. суд.; въ упрощенномъ же порядкѣ *могутъ* производиться, по просьбѣ истца, дѣла по искамъ: 1) о платежѣ опредѣленной денежной суммы по векселямъ, закладнымъ, заемнымъ письмамъ и вообще письменнымъ обязательствамъ, а также о платежѣ наемныхъ денегъ по договорамъ найма недвижимаго имущества, если исполненіе обязатель-

---

[1]) См. подробно выше „объ упрощенномъ и сокращенномъ порядкѣ судопроизводства“.



ства не поставлено въ самомъ актѣ въ зависимость отъ такихъ условій, наступленіе коихъ должно быть предварительно доказано истцомъ, 2) о сдачѣ, за истеченіемъ договорнаго срока, состоящаго въ наймѣ имущества (ст. 365[1]). *Вторая* отличительная черта упрощеннаго порядка заключается въ томъ, что дѣло разрѣшается только на основаніи *письменныхъ* доказательствъ, представленныхъ сторонами, и признаніемъ (ст. 365[14]). *Третья* особенность состоитъ въ томъ, что рѣшеніе, постановленное въ отсутствіи отвѣтчика, не почитается заочнымъ и, наконецъ, *четвертая* въ томъ, что рѣшеніе, состоявшееся въ упрощенномъ порядкѣ, не подлежитъ обжалованію ни въ апелляціонномъ, ни въ кассаціонномъ порядкѣ; оно подлежитъ немедленному исполненію (статьи 365[16], 365[20]) [1]).

Съ формальной стороны этотъ новый факультативный порядокъ судопроизводства представляется донельзя простымъ и способнымъ оказать реальную услугу юстиціи, но въ дѣйствительности въ конструкціи упрощеннаго порядка содержится такой недостатокъ, который лишаетъ его жизненности и практичности. Дѣло въ томъ, что начатое и даже уже рѣшенное въ упрощенномъ порядкѣ дѣло можетъ быть обращено къ производству въ общемъ судебномъ порядкѣ: а) когда заявлено сомнѣніе въ подлинности или споръ о подлогѣ акта, б) когда представляется необходимымъ пріостановить производство по причинамъ, указаннымъ въ статьяхъ 8 и 681 уст. гражд. суд., в) когда истецъ или отвѣтчикъ просятъ объ обращеніи дѣла къ общему порядку, г) когда просьба о томъ заявлена *послѣ* рѣшенія дѣла (статьи 365[18], 365[23]). Отвѣтчикъ, обвиненный рѣшеніемъ въ упрощенномъ порядкѣ, пропустившій срокъ (мѣсячный) на принесеніе просьбы объ обращеніи дѣла къ общему порядку, можетъ также предъявить искъ (въ общемъ порядкѣ) объ освобожденіи его отъ отвѣтственности по присужденному требованію или объ обратномъ взысканіи уплаченной суммы (ст. 365[22]). Такимъ образомъ вмѣсто простой, казалось бы, формы процесса создается осложненная канцелярскимъ формализмомъ двойственность; всѣ благія намѣренія, руководившія составителями новаго закона, являются призрачными и неосуществившимися; рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ, можетъ быть во всякое время разрушено тою стороною, для которой это представляется выгоднымъ. Этотъ дефектъ новаго закона вызванъ тою его характерною особенностью, что рѣшеніе, постановленное въ упрощенномъ порядкѣ, не подлежитъ обжалованію.

---

[1]) См. тамъ же.

Законъ этотъ, насколько извѣстно, не встрѣтилъ сочувствія въ обществѣ и не прививается къ нашей юридической жизни. Не будетъ, по моему мнѣнію, никакой потери для гражданскаго правосудія, если упрощенный порядокъ будетъ упраздненъ съ подчиненіемъ дѣлъ этого порядка обычному своему теченію по вышеизложенной системѣ, причемъ по всѣмъ перечисленнымъ въ ст. 365[1] уст. гражд. суд. дѣламъ засѣданія будутъ назначаться непосредственно и скоро послѣ подачи искового прошенія безъ предварительной письменной инструкціи (см. выше).

Одновременно съ учрежденіемъ земскихъ начальниковъ и городскихъ судей изданы были «правила о понудительномъ исполненіи по актамъ». Правила эти составляютъ весьма существенное нововведеніе въ нашемъ законодательствѣ. Уже въ основныхъ положеніяхъ по гражданскому судопроизводству постановлено было, что акты, именуемые по существующему нынѣ порядку безспорными, предъявляются ко взысканію въ судъ, который, если признаетъ ихъ безспорными, даетъ приказаніе объ исполненіи (статья 19). По статьѣ 82 тѣхъ же положеній предполагалось производить сокращеннымъ порядкомъ всѣ дѣла о взысканіи по договорамъ и обязательствамъ, обращеннымъ къ исполненію, когда въ исполнительномъ производствѣ по симъ актамъ возникаетъ споръ, подлежащій обсужденію. Въ коммиссіи, редактировавшей проектъ устава гражд. суд., меньшинство членовъ признавало полезнымъ ввести особый безспорный порядокъ взысканій по актамъ крѣпостнымъ и нотаріальнымъ, взамѣнъ полицейскаго порядка, существовавшаго у насъ по своду законовъ до судебной реформы, но большинство членовъ коммиссіи не нашло возможнымъ вводить правило объ этомъ предметѣ въ уставъ. Въ 1876 году въ министерствѣ юстиціи составленъ былъ особый проектъ правилъ о понудительномъ исполненіи по актамъ, совершеннымъ или засвидѣтельствованнымъ въ установленномъ порядкѣ, но проектъ этотъ не получилъ законодательнаго утвержденія и всѣ дѣла по такъ называемымъ безспорнымъ актамъ производились въ спорномъ, исковомъ порядкѣ судопроизводства.

Исполнительный процессъ по документамъ (Urkundenprocess, Executivprocess) развитъ въ западно-европейскихъ законодательствахъ. Тамъ цѣлый рядъ безспорныхъ документовъ (публичные акты, совершенные нотаріальнымъ или судебнымъ порядкомъ) вовсе освобождены отъ искового судопроизводства; документы эти, подобно судебнымъ рѣшеніямъ, обращаются прямо къ принудительному исполненію на основаніи исполнительной надписи, которая вносится въ главную вы-

пись акта самимъ нотаріусомъ или секретаремъ суда, или же предсѣдателемъ окружного суда (Франція, Италія, Женева, Бельгія). По германскому уставу гражд. суд. принудительному исполненію (Zwangsvollstreckung) подлежатъ акты, совершенные внутри имперіи судебнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ, имѣющіе своимъ предметомъ платежъ опредѣленной суммы или доставку (Leistung) опредѣленнаго количества другихъ замѣнимыхъ вещей или цѣнныхъ бумагъ, если въ актѣ должникъ подчинился немедленному принудительному исполненію (статья 702 п. 5). Снабженный исполнительною надписью актъ предъявляется для взысканія непосредственно судебному приставу, который и приводитъ его въ исполненіе.

У насъ понудительное исполненіе по актамъ введено въ нѣсколько иномъ видѣ закономъ 29 декабря 1889 года только для *дѣлъ, подсудныхъ земскимъ начальникамъ* и городскимъ судьямъ. Законъ присвоиваетъ извѣстнымъ актамъ исполнительную силу наравнѣ съ судебными рѣшеніями, вошедшими въ законную силу. Для понудительнаго исполненія требуется наличность слѣдующихъ условій: а) обязательство или договоръ должны быть выражены въ письменной формѣ, т. е. въ актѣ; б) актъ этотъ долженъ быть совершенъ или засвидѣтельствованъ при участіи органовъ государственной власти; в) онъ долженъ содержать въ себѣ обязательство уплатить опредѣленную сумму денегъ, или возвратить какое либо движимое имущество, или же договоръ о наймѣ недвижимаго имущества, и наконецъ, г) въ актѣ о платежѣ денегъ или возвратѣ движимаго имущества не должно быть помѣщено такихъ условій, отъ выполненія которыхъ зависитъ исполненіе обязательства и наступленіе которыхъ должно быть доказано предварительно истцомъ (статья 141 правилъ о производствѣ дѣлъ у земск. начальн. или городск. судей). Земскій начальникъ или городской судья, *не вызывая должника*, кладетъ резолюцію на самомъ актѣ, которая заключаетъ въ себѣ: означеніе года, мѣсяца и числа, когда она постановлена, званіе, имя и фамилію взыскателя и отвѣтчика, означеніе времени выдачи и рода акта, что именно должно быть исполнено понудительно, означеніе судебныхъ издержекъ, присужденныхъ съ отвѣтчика, подпись и печать земскаго начальника или городского судьи (статья 149). Со времени написанія этой резолюціи актъ получаетъ исполнительную силу и приводится въ исполненіе наравнѣ съ судебнымъ рѣшеніемъ, но особаго исполнительнаго листа не требуется (ст. 151). На распоряженія земскаго начальника или городского судьи по просьбамъ о понудительномъ исполненіи могутъ быть приносимы въ уѣздный съѣздъ только частныя жалобы:

1) *отвѣтчикомъ*—на назначеніе понудительнаго исполненія по требованію истца, не имѣющаго на то права (ст. 144), на нарушеніе подсудности, на неправильное исчисленіе взысканія, на обращеніе на него (отвѣтчика) взысканія до наступленія срока обязательству и на обращеніе взысканія на него вмѣсто другого лица, и 2) *взыскателемъ* по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по которымъ его требованія оставлены безъ удовлетворенія въ резолюціи о понудительномъ исполненіи (ст. 155). Особенность этого внѣсудебнаго процесса исполненія заключается между прочимъ въ томъ, что никакія возраженія должника не принимаются (онъ и не вызывается); онъ можетъ опровергать по существу требованія взыскателя, приводимыя въ исполненіе понудительнымъ порядкомъ, не иначе, какъ исковымъ порядкомъ; отвѣтчикъ, признающій требованія взыскателя неправильными, можетъ предъявить, въ теченіе шести мѣсяцевъ со дня врученія ему копіи подвергнутаго понудительному исполненію акта, искъ къ взыскателю для опроверженія существа его требованій (ст. 152). Вотъ главныя черты порядка понудительнаго исполненія. Обращеніе къ этому порядку факультативно: лицо, имѣющее право требованія, можетъ обратиться къ исковому порядку по такому акту, взысканіе по которому могло быть произведено въ порядкѣ понудительнаго исполненія; но въ этомъ случаѣ ему назначается, по его требованію, вознагражденіе за веденіе дѣла только соразмѣрно суммѣ непризнанныхъ отвѣтчикомъ на судѣ, но присужденныхъ истцу требованій (ст. 160). По какимъ соображеніямъ понудительный порядокъ исполненія установленъ только для дѣлъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, намъ неизвѣстно. Казалось бы, что долголѣтній опытъ на западѣ Европы и отзывы юристовъ, отчасти и нашихъ, достаточно убѣждаютъ въ пользѣ безспорнаго внѣсудебнаго порядка исполненія по актамъ извѣстнаго рода. Если законодательство наше послѣ долгихъ колебаній рѣшило допустить систему понудительнаго исполненія, то отчего же эта реформа остановилась на полпути и ограничилась столь узкими предѣлами? Принципъ внѣсудебнаго и скораго охраненія правъ коренится въ безспорности самыхъ актовъ, санкціонирующихъ эти права, и въ довѣріи къ этимъ актамъ со стороны общества и государственной власти. По моему мнѣнію, порядокъ понудительнаго исполненія слѣдуетъ распространить на всѣ акты и договоры, перечисленные въ статьѣ 141 «правилъ», *но безъ ограниченія взыскиваемой суммы или цѣны отыскиваемаго имущества* съ тѣмъ, чтобы *всѣ* просьбы о понудительномъ исполненіи подавались мировому судьѣ или уѣздному члену окружнаго суда (если

эта должность будетъ сохранена) по мѣсту жительства или временнаго пребыванія отвѣтчика (должника), либо по мѣсту совершенія исполнительныхъ дѣйствій, а по обязательству очистить или сдать состоящее въ наймѣ недвижимое имущество по мѣсту нахожденія его (ср. ст. 148 «правилъ»). Эти мѣстные, близкіе къ населенію органы суда и будутъ руководствоваться въ процессѣ понудительнаго исполненія приведенными правилами, которыя подлежатъ соотвѣтственному измѣненію. Желательно, въ видахъ практическихъ удобствъ, чтобы процессъ этотъ сосредоточенъ былъ у мѣстнаго единоличнаго судьи одного опредѣленнаго типа, а не у разнородныхъ должностныхъ лицъ. Отвѣтчикъ, желающій предъявить искъ къ взыскателю для опроверженія существа его требованій (ст. 152), долженъ будетъ, конечно, руководствоваться существующими правилами о подсудности. Предлагаемая мѣра значительно сократитъ число дѣлъ, производящихся нынѣ въ сокращенномъ порядкѣ въ окружныхъ судахъ, избавитъ общество отъ излишней траты времени, труда и расходовъ, а главное упроститъ и ускоритъ охрану и осуществленіе «безспорныхъ» гражданскихъ правъ [1]).

VII.

Исчисленіе судомъ пошлинъ съ наслѣдствъ.

15 іюня 1882 года издано было положеніе о пошлинахъ съ имуществъ, переходящихъ безмездными способами. Положеніе это вошло въ уставъ о пошлинахъ, изд. 1893 года, подъ статьями 152—181. По статьѣ 161 устава исчисленіе пошлины съ имуществъ, переходящихъ по наслѣдству, производится опредѣленными для сего должностными лицами вѣдомства министерства финансовъ, дѣйствующими на основаніи правилъ, которыя имѣютъ быть установлены въ законодательномъ порядкѣ. Впредь до назначенія таковыхъ должностныхъ лицъ, пошлины сіи исчисляются согласно приложеннымъ къ статьѣ 161 временнымъ правиламъ. Правила эти, названныя еще въ 1882 году *временными*, существуютъ однако и примѣняются до сихъ поръ. Этими правилами исчисленіе и опредѣленіе количества пошлинъ съ

---

[1]) В. Р. Завадскій, „Понудительное исполненіе и упрощенное судопроизводство“, 2-е изд.; Вербловскій, „Судопроизводство гражданское и уголовное въ новыхъ судебно-административныхъ учрежденіяхъ“, стр. 159—171.



наслѣдства возложены на судебныя установленія. Такія чисто фискальныя обязанности, не имѣющія ничего общаго съ судебными функціями, ложатся тяжкимъ бременемъ на суды; онѣ порождаютъ нерѣдко обширныя и продолжительныя производства и много письменной работы для суда и его канцеляріи. Каждому судьѣ извѣстно, что провѣрка заявленій наслѣдниковъ о составѣ наслѣдства, о цѣнѣ оставшагося послѣ умершаго имущества—наличнаго и долговаго, о долгахъ наслѣдодателя, о суммахъ, не подлежащихъ оплатѣ пошлиною, о степени родства наслѣдниковъ съ умершимъ, о цѣнѣ наслѣдственной доли, причитающейся тому или другому изъ наслѣдниковъ, наконецъ самое исчисленіе пошлины сообразно степени родства требуютъ нерѣдко весьма кропотливаго и продолжительнаго труда со стороны судьи, въ особенности въ крупныхъ по цѣнѣ наслѣдствахъ, когда они притомъ переходятъ ко многимъ наслѣдникамъ, связаннымъ съ умершимъ въ разныхъ степеняхъ родства. Такая работа чисто фискальнаго характера отвлекаетъ судъ отъ прямыхъ его обязанностей разрѣшать споры о правѣ гражданскомъ и охранять таковое. Неизбѣжнымъ послѣдствіемъ такого порядка вещей является замедленіе въ производствѣ и разрѣшеніи *судебныхъ* дѣлъ, трата физическихъ и умственныхъ силъ судей на несвойственную имъ работу. Если уже въ 1882 году при самомъ изданіи закона о налогѣ на наслѣдство признано было, что производство объ исчисленіи пошлины должно быть отнесено къ обязанностямъ чиновъ вѣдомства министерства финансовъ, наравнѣ съ исчисленіемъ и взиманіемъ всѣхъ другихъ налоговъ и сборовъ, поступающихъ въ государственную казну, то становится непонятнымъ, почему до настоящаго времени не возстановляется нормальный порядокъ вещей и сохраняютъ свое дѣйствія *временныя* правила. Задача суда при утвержденіи въ правахъ наслѣдства или при утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній состоитъ въ томъ, чтобы санкціонировать *преемство* правъ и обязанностей по тому или другому основанію наслѣдованія. Суду для этого нѣтъ надобности удостовѣряться въ существованіи наслѣдственнаго имущества, въ конкретномъ его составѣ и цѣнѣ, въ лежащихъ на немъ обремененіяхъ и долгахъ и т. д. Наблюденіе же за поступленіемъ въ казну, въ подлежащихъ случаяхъ и въ надлежащемъ количествѣ, налога на наслѣдства, очевидно, не входитъ въ кругъ обязанностей суда, и нынѣ существующій порядокъ тормазитъ правильное теченіе *судебныхъ* дѣлъ. Слѣдовало бы поэтому безотлагательно отмѣнить дѣйствіе временныхъ правилъ и подчинить производства объ исчисленіи и взиманіи пошлины съ наслѣдствъ мѣстнымъ казеннымъ

палатамъ, располагающимъ достаточными средствами для обнаруженія въ каждомъ данномъ случаѣ дѣйствительнаго состава имущества и цѣны его. При этомъ однако должно быть сохранено и обращено въ постоянный законъ нынѣ дѣйствующее правило, по которому въ случаѣ возраженія заинтересованныхъ лицъ противъ исчисленія и опредѣленія пошлины, дѣло переходитъ на разсмотрѣніе подлежащаго суда, мироваго судьи, уѣзднаго члена окружнаго суда или окружнаго суда, смотря по суммѣ исчисленной казенною палатою пошлины (статьи 8 и 9 прил. къ статьѣ 161 устава о пошл.). Такой порядокъ существуетъ относительно опредѣленій казенныхъ палатъ о взысканіи гербовыхъ штрафовъ (статья 148 уст. о герб. сборѣ). Опредѣленія судьи или суда по этому предмету слѣдовало бы считать *окончательными*.

VIII.

Начала письменности и коллегіальности.

Къ числу причинъ, замедляющихъ движеніе гражданскихъ дѣлъ въ окружномъ судѣ и судебной палатѣ и увеличивающихъ издержки производства, слѣдуетъ отнести чрезмѣрное развитіе письменности и начала коллегіальности. И то и другое есть наслѣдіе дореформенной эпохи. Многіе суды и судьи не могутъ отрѣшиться отъ пріемовъ старой судебной практики, и требуютъ, чтобы ходатайства сторонъ и просителей, заявленныя внѣ судебнаго засѣданія, излагались всегда въ письменной формѣ, хотя бы ходатайства эти касались напр. выдачи справки изъ дѣла, засвидѣтельствованной копіи документа или судебнаго постановленія, исполнительнаго листа и проч. Часто тяжущіеся представляютъ предсѣдательствующему какіе-нибудь документы, относящіеся къ производящемуся уже дѣлу, или квитанціи во взносѣ требуемыхъ закономъ сборовъ для совершенія судебныхъ дѣйствій, или же напр. повѣренный представляетъ довѣренность; по установившемуся во многихъ судахъ обычаю—всѣ эти документы представляются при *прошеніи* съ копіей для противной стороны (нерѣдко судьи требуютъ представленія копій прошеній и документовъ по числу лицъ, составляющихъ одну сторону, хотя бы у нихъ былъ *одинъ* общій повѣренный). Нѣтъ надобности перечислять всѣ случаи, когда требуютъ безъ достаточнаго основанія подачи *письменныхъ* просьбъ по предметамъ, касающимся собственно канцелярскаго дѣлопроизводства. Отъ этого, разумѣется, трудъ канцеляріи и судей разрастается:

бумаги должны быть зарегистрованы и помѣчены, на нихъ кладутся резолюціи (иногда весьма подробныя) и расходы производства чрезмѣрно увеличиваются. Предсѣдателю, какъ извѣстно, предоставлено въ извѣстныхъ случаяхъ собственною властью обезпечить искъ (статья 598 уст. гражд. суд.); хотя въ исковомъ прошеніи уже заявлена о томъ просьба, тѣмъ не менѣе установился обычай требовать еще особаго прошенія съ *копіей* на имя предсѣдателя о томъ же предметѣ («о выдачѣ приказа»). При производствѣ дѣла нерѣдко тяжущіеся просятъ о выдачѣ имъ свидѣтельства на полученіе документа и свѣдѣній изъ другаго судебнаго либо правительственнаго мѣста (статья 452 и слѣд.); эта просьба всегда излагается *въ письменной* формѣ (опять прошеніе съ копіями). Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ уставъ не требуетъ, чтобы просьба была непремѣнно письменная (для отсутствующихъ, понятно, письменная форма неизбѣжна); въ законѣ, напротивъ, указаны тѣ случаи, когда требуется изложеніе просьбъ на письмѣ (статьи 334, 342, 443, 447, 486, 556 и друг.). По моему мнѣнію, можно бы принять за общее правило, что всѣ частныя ходатайства въ родѣ вышеуказанныхъ, обращенныя къ предсѣдательствующему, не касаясь непосредственно правъ противной стороны, а тѣмъ болѣе ходатайства по неисковымъ дѣламъ), могутъ быть заявлены словесно (отъ просителя, конечно, зависитъ заявить письменно). Въ случаѣ удовлетворенія просьбы предсѣдательствующій или судья, находящійся въ залѣ канцеляріи для пріема просителей, дѣлаетъ соотвѣтствующее распоряженіе и отмѣчаетъ объ этомъ въ дѣлѣ (на особомъ листѣ въ самомъ началѣ производства). Просителю должно быть предоставлено, если его просьба не удовлетворена, подать по тому же предмету письменное прошеніе суду, который разрѣшаетъ эту просьбу въ распорядительномъ засѣданіи. По моему мнѣнію, и въ самомъ уставѣ слѣдовало бы сократить число случаевъ, въ которыхъ требуется письменное изложеніе просьбы. Такъ, измѣненіе исковыхъ требованій могло бы быть сдѣлано *словесно* въ засѣданіи суда (статья 333 и 334 уст. гражд. суд.), требованіе представленія противною стороною или третьимъ лицомъ находящагося у нихъ документа (статьи 443, 446 и 447), просьбы о привлеченіи или акцессорномъ вступленіи въ дѣло третьяго лица (статья 653 и слѣд., 662 и 663) могли бы быть точно также заявлены *устно* въ засѣданія суда. Во всѣхъ этихъ случаяхъ заявленія съ ихъ основаніями должны бы быть вносимы въ особый протоколъ и сообщаемы въ выпискѣ протокола неявившемуся въ засѣданіе тяжущемуся или третьему лицу, подобно тому, какъ это установлено по спорамъ о подлогѣ (ст. 557).

Избытокъ письменности проявляется и въ дѣятельности самого суда и его канцеляріи [1]).

Въ связи съ письменностью стоитъ чрезмѣрно широкое примѣненіе въ гражданскомъ судѣ начала коллегіальности. Мы не касаемся здѣсь собственно вопроса о *коллегіальномъ* разрѣшеніи такихъ судебныхъ дѣлъ, которыя могли бы быть съ удобствомъ разрѣшаемы единолично. Вопросъ этотъ уже относится къ сферѣ судебной организаціи и къ установленію предѣловъ компетенціи окружныхъ судовъ въ качествѣ первой инстанціи и не составляетъ предметъ настоящей статьи. Здѣсь я счелъ необходимымъ указать на то, что многіе частные вопросы, не требующіе повидимому коллегіальнаго обсужденія, вносятся въ засѣданіе суда, чѣмъ усложняется дѣлопроизводственный механизмъ безъ всякой надобности. Это дѣлается отчасти по указаніямъ самого устава, отчасти въ силу реципированнаго отъ прежнихъ судебныхъ мѣстъ обычая *все,* не исключая самыхъ мелочныхъ дѣлопроизводственныхъ бумагъ, разрѣшать въ коллегіальномъ присутствіи журнальными постановленіями. Но не надо забывать, что въ старомъ судѣ при полновластіи «канцелярій», единственною, хотя крайне слабою и чисто формальною, гарантіею правосудія служило *присутствіе*, т. е. коллегіальное слушаніе докладной записки и подписаніе журнала. Этимъ только и можно, мнѣ кажется, объяснить коллегіальное разрѣшеніе въ старомъ судѣ *всѣхъ* возникавшихъ въ дѣлахъ мельчайшихъ вопросовъ [2]). Уставъ гр. суд. совершенно устранилъ вліяніе канцеляріи на судьбу дѣла; судебныя функціи распредѣлены между единоличною властью предсѣдателя и судейскою коллегіею, но такимъ образомъ, что къ вѣдѣнію перваго отнесены распоряженія, касающіяся внѣшней дѣлопроизводственной стороны процесса (пріемъ прошеній, дача имъ направленія, объясненія съ просителями, распоряженія по выдачѣ справокъ и документовъ, по сообщенію копій, назначеніе докладчика и засѣданія, подписаніе исходящихъ бумагъ и т. п.); къ вѣдѣнію же коллегіи отнесено главнымъ образомъ разсмотрѣніе и разрѣшеніе споровъ и примѣненіе къ нимъ нормъ матеріальнаго и процессуальнаго права. Въ дѣйствительности однако на разрѣшеніе коллегіи вносятся такіе вопросы и дѣлопроизводственныя бумаги, которые съ большимъ удобствомъ могли бы быть разрѣшаемы и направляемы собственною властью предсѣдательствую-

---

[1]) По этому предмету см. выше: „О сокращеніи письменной работы въ гражданскомъ судѣ“.

[2]) См. тамъ же.

щаго. Такъ, напр., отзывы на заочныя рѣшенія, апелляціонныя и кассаціонныя жалобы, а также объясненія на эти жалобы съ встрѣчными апелляціонными требованіями, вносятся въ засѣданіе для коллегіальнаго разрѣшенія вопроса о дальнѣйшемъ направленіи этихъ бумагъ. Это, впрочемъ, дѣлается на основаніи статей 729[1] (по продолженію 1890 года), 755, 756 и 801 устава. гражд. суд. По моему мнѣнію, направленіе упомянутыхъ бумагъ могло бы быть предоставлено предсѣдательствующему въ отдѣленіи или департаментѣ. Принимая отзывъ или жалобу, онъ, безъ особаго труда, можетъ всегда удостовѣриться, соблюдены ли сроки и другія процессуальныя требованія и дать бумагѣ дальнѣйшій установленный закономъ ходъ, либо оставить ее безъ движенія или же возвратить въ указанныхъ закономъ случаяхъ. Если предсѣдательствующій уполномоченъ закономъ на подобныя распоряженія относительно исковыхъ прошеній, то нѣтъ основанія лишать его этихъ полномочій относительно отзывовъ и жалобъ. На распоряженія его о возвращеніи этихъ бумагъ могли бы быть приносимы частныя жалобы въ двухнедѣльный срокъ по принадлежности, точно также, какъ теперь такія жалобы приносятся на судъ и палату (статьи 268, 757 и 801 уст. гражд. суд.). Отъ этого только выиграло бы производство дѣла, такъ какъ единоличная власть дѣйствуетъ гораздо быстрѣе коллегіи. Точно также указы высшихъ судебныхъ мѣстъ низшимъ, наприм., о допросѣ свидѣтелей, о повѣркѣ доказательствъ, объ отмѣнѣ рѣшенія или объ оставленіи жалобы безъ послѣдствій—вносятся на разсмотрѣніе коллегіи, а между тѣмъ распоряженія по исполненію указовъ послѣдняго рода (о передачѣ дѣла въ другую судебную палату или въ судъ, о возвращеніи кассаціоннаго залога или о зачисленіи его въ доходъ казны) могли бы быть сдѣланы безъ всякихъ затрудненій единолично предсѣдательствующимъ; во исполненіе указовъ перваго рода онъ бы могъ своею властью назначить срокъ для представленія денегъ, нужныхъ на производство судебныхъ дѣйствій, и затѣмъ назначить засѣданіе для совершенія этихъ дѣйствій или въ указанныхъ закономъ случаяхъ для порученія производства таковыхъ члену судебнаго мѣста. На все это при существующей нынѣ практикѣ уходитъ много времени, дѣло слушается въ засѣданіи нѣсколько разъ и тратится напрасно чисто канцелярскій и механическій трудъ. Вообще было бы цѣлесообразно постановить въ законѣ общимъ правиломъ, что *всѣ* подаваемыя или присылаемыя дѣлопроизводственныя бумаги принимаются и направляются собственною властью предсѣдательствующаго (или по выраженію закона «предсѣдателя»); онъ дѣлаетъ распоряже-

ніе въ указанныхъ закономъ случаяхъ о возвращеніи прошенія или оставленіи его безъ движенія, онъ совершаетъ всѣ подготовительныя дѣйствія, предшествующія коллегіальному обсужденію и рѣшенію дѣла.

IX.

Кассаціонный процессъ и его послѣдствія.

Долголѣтній опытъ свидѣтельствуетъ, что производство гражданскихъ дѣлъ все болѣе замедляется и усложняется, благодаря отчасти установленной *самимъ закономъ* кассаціонной процедурѣ, отчасти же принятому Сенатомъ методу изслѣдованія дѣлъ. Извѣстно, что по своей структурѣ наше кассаціонное учрежденіе заимствовано отъ французскаго законодательства. Французскій кассаціонный судъ замѣнилъ собою то отдѣленіе древняго Королевскаго совѣта—(Conseil du roi), которое называлось при старой монархіи совѣтомъ сторонъ—Conseil des parties. Въ XVI вѣкѣ существуетъ уже во Франціи спеціальная жалоба королевскому совѣту на contrariétés et nullités судебныхъ рѣшеній. Процедура въ «совѣтѣ сторонъ» была установлена въ 1738 году настолько удовлетворительно, что, перейдя въ гражданское отдѣленіе новаго кассаціоннаго суда, она сохраняется тамъ до настоящаго времени. Собственно говоря, понятіе объ отмѣнѣ окончательныхъ судебныхъ рѣшеній не было чуждо и русской юридической жизни; оно было извѣстно подъ именемъ «суда съ головы»; подъ этимъ же именемъ оно вошло и въ Уложеніе царя Алексѣя Михайловича. Нѣчто подобное кассаціонному суду представляла «комисія прошеній», но между ними существенная разница, заключающаяся между прочимъ въ томъ, что «коммисія» принимала жалобы не по указаннымъ только въ законѣ поводамъ къ отмѣнѣ рѣшеній, а неограниченно, слѣдовательно, не въ кассаціонномъ, а ревизіонномъ порядкѣ [1]). Нашъ современный кассаціонный процессъ, какъ и французскій, представляется чрезвычайнымъ способомъ ретракціи окончательныхъ судебныхъ рѣшеній въ томъ смыслѣ, что кассаціонный судъ ограничивается только *отмѣною* обжалованнаго рѣшенія, не постановляя новаго рѣшенія по существу дѣла. Но по нашему уставу, компетенція кассаціоннаго суда (Сената) гораздо шире французскаго.

---

[1]) *Буцковскій*, Очерки суд. пор., стр. 13; *Бернаръ*, Руководство къ кассаціонному производству, стр. 1 и слѣд.; *Энцикл. Словарь*, статья — „Кассаціонный судъ и кассація".



Сенату подвѣдомственны три категоріи просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній: а) о кассаціи рѣшеній, б) о пересмотрѣ рѣшеній и в) просьбы неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ (во французскомъ правѣ послѣднія двѣ категоріи просьбъ отнесены къ вѣдомству тѣхъ же судовъ, которыми постановлено обжалованное рѣшеніе: Code de procéd. civ. art. 475—490). Въ первоначальномъ проектѣ устава гражданскаго судопроизводства и у насъ предполагалось предоставить разсмотрѣніе просьбъ о пересмотрѣ рѣшеній и просьбъ третьихъ лицъ тому судебному мѣсту, коимъ рѣшеніе постановлено; но при окончательной редакціи устава это признано было неудобнымъ главнымъ образомъ потому, что «оцѣнка обстоятельствъ, служащихъ поводомъ къ отмѣнѣ рѣшеній, какого бы рода они ни были, требуетъ одинаковыхъ юридическихъ познаній и осторожности и можетъ только быть предоставлена высшей въ Имперіи судебной власти, которая и будетъ сосредоточиваться въ кассаціонныхъ департаментахъ Сената» (ст. 794 Уст. гражд. суд., изд. Гос. Канц.). Такое сосредоточеніе *всѣхъ* просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній въ *одномъ* учрежденіи не вызывается однако идеею и цѣлью кассаціоннаго процесса и представляетъ притомъ большія неудобства вслѣдствіе обширности нашей территоріи и отдаленности Сената отъ многихъ мѣстностей Россіи.

Назначеніе кассаціоннаго суда заключается въ верховномъ надзорѣ за единообразнымъ и правильнымъ примѣненіемъ *закона* всѣми судами имперіи. Непоколебимость правъ и увѣренность въ ихъ неприкосновенности обезпечиваются лишь тогда, когда примѣненіе къ конкретнымъ фактамъ нормъ права совершается согласно съ ихъ истиннымъ смысломъ и когда авторитетъ закона господствуетъ во всей странѣ. Этотъ авторитетъ и поддерживается кассаціоннымъ судомъ. Но сфера дѣятельности его не распространяется на *факты* дѣла, какъ они установлены судомъ: Сенатъ разрѣшаетъ вопросы права въ примѣненіи его къ *даннымъ фактамъ*. Отсюда слѣдуетъ, съ одной стороны, что кассаціонное учрежденіе должно быть *одно* (а не много, на подобіе учрежденныхъ въ 1889 году «губернскихъ присутствій»), съ другой—что вторая и третья категоріи просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній должны бы быть отнесены къ вѣдѣнію тѣхъ самыхъ судовъ, которые постановили рѣшенія. Дѣятельность Сената по просьбамъ о пересмотрѣ рѣшеній и по отзывамъ третьихъ лицъ сводится въ сущности къ повѣркѣ *фактовъ*, а не *нормъ права*, другими словами: Сенатъ повѣряетъ, имѣются ли на лицо такія *новыя обстоятельства*, которыя измѣняютъ въ существѣ установленныя судомъ положенія, или опорочены ли тѣ акты, которые легли въ

основу рѣшенія или, наконецъ, насколько предметъ разрѣшеннаго спора соприкасается съ правомъ третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ дѣлѣ. Все это, очевидно, относится къ области конкретныхъ фактовъ, не имѣющихъ ничего общаго съ отвлеченными формулами права; оцѣнка же фактовъ лежитъ за предѣлами задачи и цѣли верховнаго кассаціоннаго суда. Между просьбами о «кассаціи» и просьбами о «пересмотрѣ» рѣшеній принципіальное различіе. Первыя предполагаютъ нарушеніе или неправильное примѣненіе судомъ правовыхъ нормъ, и кассаціонный судъ призывается охранять и возстановлять силу закона. Вторыя касаются рѣшеній, постановленныхъ согласно съ закономъ, но оказавшихся впослѣдствіи невѣрными фактически. Просьбы о пересмотрѣ и самое производство по нимъ имѣютъ цѣлью, наравнѣ съ апелляціоннымъ процессомъ, охраненіе матеріальной справедливости въ разрѣшеніи дѣлъ по существу. Точно также производство по просьбамъ третьихъ лицъ имѣетъ въ виду предотвратить вредъ, причиненный или грозящій рѣшеніемъ правамъ или интересамъ третьяго, не участвовавшаго въ дѣлѣ лица. По иностраннымъ законодательствамъ, напримѣръ, французскому и германскому, просьбы о пересмотрѣ и жалобы третьихъ лицъ (tierce opposition, requête civile, Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage) причисляются къ способамъ судебнаго самоисправленія, т. е. разсматриваются тѣмъ же судомъ, которымъ постановлено обжалованное рѣшеніе (Code, ст. 475, 490; Civilprozess, § 547). Нашъ уставъ твердо стоитъ на принципѣ res judicata и не допускаетъ поэтому исправленіе судомъ собственнаго своего рѣшенія, вступившаго въ законную силу (ст. 892 и 893). Этимъ однако не оправдывается примѣненіе къ просьбамъ о пересмотрѣ и жалобамъ третьихъ лицъ *кассаціонной* процедуры. Было бы, мнѣ кажется, цѣлесообразнѣе эти двѣ группы просьбъ разсматривать (если уже строго держаться точки зрѣнія устава на res judicata) въ Сенатѣ въ *судебномъ* порядкѣ; въ этихъ случаяхъ, составляющихъ, насколько извѣстно, незначительное меньшинство всѣхъ просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній, Сенатъ функціонировалъ бы въ качествѣ высшей *судебной* инстанціи, разсматривающей дѣло по *существу*. Если обжалованное рѣшеніе постановлено окружнымъ судомъ, то не только просьбы о пересмотрѣ, но и жалобы третьихъ лицъ должны подлежать разрѣшенію судебной палаты (ст. 750 уст. гражд. суд.). При нынѣ дѣйствующей системѣ Сенатъ, разрѣшая просьбы второго и третьяго рода, съ одной стороны, оперируетъ фактами, а не правовыми нормами (что несовмѣстимо съ принципомъ кассаціи); съ другой, ограничивается *отмѣною* рѣшенія и

передачею дѣла для новаго разсмотрѣнія въ другой судъ. Отъ этого, разумѣется, процессъ затягивается, стороны подвергаются неудобствамъ, сопряженнымъ съ переходомъ дѣла изъ одного мѣста въ другое, и несутъ излишніе расходы по производству дѣла, ибо въ большинствѣ случаевъ судебныя палаты находятся въ значительномъ разстояніи отъ мѣстожительства сторонъ. Правда, предлагаемый мною способъ нарушаетъ принципъ двухъ инстанцій (ст. 11 уст. гражд. суд.), но во-первыхъ, просьбы о пересмотрѣ и жалобы третьихъ лицъ подаются очень рѣдко; во-вторыхъ, такое отступленіе въ исключительныхъ случаяхъ отъ принципа окупается тѣми практическими удобствами, которыя получаются отъ упрощенія и ускоренія процесса по указаннымъ двумъ родамъ просьбъ. Такимъ образомъ, просьбы о пересмотрѣ и жалобы третьихъ лицъ, будучи чрезвычайными способами ретракціи вошедшаго въ законную силу рѣшенія и отличаясь по своему основанію и цѣли отъ просьбъ о «кассаціи», будутъ подлежать, какъ и теперь, компетенціи Сената (если обжалованное рѣшеніе постановлено судебною палатою), но съ тою разницею, что Сенатъ, отмѣнивъ рѣшеніе въ цѣломъ или части, самъ будетъ постановлять новое рѣшеніе по дѣлу. Повѣрка основаній означенныхъ просьбъ объ отмѣнѣ такъ тѣсно связана съ существомъ дѣла, что отдѣлять первыя отъ второго чрезвычайно трудно; и при дѣйствующей системѣ Сенатъ, отмѣняя рѣшеніе, eo ipso предрѣшаетъ дѣло такъ, что палата, куда оно передается для новаго разсмотрѣнія, собственно говоря, лишена той свободы судейской совѣсти, которая составляетъ необходимое условіе хорошо организованной юстиціи. Еще при редактированіи Судебныхъ Уставовъ было предположено въ извѣстныхъ случаяхъ возлагать на Сенатъ разрѣшеніе дѣла по существу. Но это не было принято по тому соображенію, что коль скоро Сенату ввѣряются толкованіе законовъ и высшій надзоръ за правильнымъ примѣненіемъ ихъ всѣми судебными мѣстами Имперіи, то необходимо поставить его въ такое положеніе, чтобы онъ былъ въ полной мѣрѣ безпристрастнымъ толкователемъ закона (ст. 809 Уст. гражд. суд. изд. Гос. Канц.). Но это соображеніе, какъ уже сказано, примѣнимо лишь къ просьбамъ о *кассаціи*, гдѣ Сенатъ дѣйствительно является истолкователемъ истиннаго смысла законовъ, гдѣ имъ разрѣшаются *вопросы права*; по просьбамъ же второй и третьей категоріи объектомъ изслѣдованія являются *вопросы факта* и Сенатъ является въ роли судьи факта. Если бы однако при предстоящемъ пересмотрѣ Судебныхъ Уставовъ признано было почему-либо неудобнымъ предоставить Сенату по указаннымъ двумъ родамъ дѣлъ постановлять

рѣшеніе по существу дѣла, то слѣдовало бы при отмѣнѣ Сенатомъ обжалованнаго рѣшенія передавать дѣло для новаго производства и рѣшенія въ *ту же палату*, которая постановила отмѣненное рѣшеніе. При установленіи порядка *пересмотра* дѣлъ Государственный Совѣтъ входилъ въ обсужденіе лишь вопроса о томъ, какой власти должна быть предоставлена *предшествующая* пересмотру дѣлъ отмѣна окончательнаго рѣшенія, не касаясь вопроса, *какому суду* должно быть ввѣрено новое обсужденіе дѣла въ его существѣ и не отвергая однако того, что самое свойство прошеній о *пересмотрѣ* рѣшеній вызываетъ нѣкоторыя изъятія изъ общаго порядка [1]). Пересмотръ дѣла *тѣмъ же судомъ* вслѣдствіе вновь открывшихся обстоятельствъ или нарушенія прежнимъ рѣшеніемъ правъ третьихъ лицъ нисколько не стѣсняетъ и не насилуетъ судейскаго убѣжденія, сказавшагося *въ прежнемъ* рѣшеніи, ибо при постановленіи послѣдняго судъ не имѣлъ и не могъ имѣть въ виду фактовъ, имѣющихъ рѣшающее для дѣла значеніе. А между тѣмъ передача дѣла въ тотъ же судъ имѣетъ большое значеніе для экономіи труда и издержекъ производствъ. Тогда изученіе дѣла во всѣхъ его подробностяхъ не вызывало бы особаго труда; оно поступало бы къ тому же судьѣ-докладчику, который уже изучилъ его раньше и изложилъ рѣшеніе въ окончательной формѣ. Дѣло могло бы разсматриваться въ томъ же составѣ судей, въ которомъ оно было разсмотрѣно прежде, и не потребовалось бы много труда и времени для постановленія новаго рѣшенія. Точно также тяжущимся и ихъ повѣреннымъ гораздо удобнѣе и дешевле сноситься съ тѣмъ же судомъ, которымъ постановлено было отмѣненное рѣшеніе.

Во всѣхъ ли безъ исключенія случаяхъ отмѣны рѣшеній дѣло должно быть передано въ судъ для постановленія новаго рѣшенія? Сенатская практика рѣшаетъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. По многимъ дѣламъ такая практика создаетъ излишнюю переписку и напрасный канцелярскій трудъ. Бываютъ дѣла, по которымъ съ отмѣною рѣшенія или опредѣленія нѣтъ мѣста дальнѣйшему производству и обсужденію дѣла. Наши юристы (Буцковскій и Малышевъ) совершенно справедливо полагаютъ, что въ этихъ случаяхъ дѣло должно заканчиваться опредѣленіемъ, постановляемымъ самимъ Сенатомъ [2]). Сюда относятся тѣ случаи, когда Сенатъ признаетъ, что дѣло не подлежитъ вѣдѣнію суда вообще или неподсудно данному судеб-

---

[1]) См. Буцковскій, Очерки, стр. 209—210.

[2]) Очеркъ суд. пор., стр. 206; Курсъ гражд. суд. т. II, стр. 322; *Бернаръ*, Кассаціонное произ., стр. 169.

ному мѣсту, что дѣло не подлежало разсмотрѣнію по отсутствію полномочія, по процессуальной неправоспособности тяжущихся, что дѣло должно быть прекращено или уничтожено за примиреніемъ сторонъ, за истеченіемъ трехъ лѣтъ со времени пріостановленія производства, за состоявшимся уже ранѣе по тому же дѣлу судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу и т. п. Здѣсь съ отмѣною рѣшенія или опредѣленія производство дѣла заканчивается и нѣтъ никакой надобности въ передачѣ его въ судъ (а тѣмъ менѣе въ другой судъ) *для постановленія новаго рѣшенія*. Здѣсь нѣтъ повода къ тому *новому производству и рѣшенію*, о которомъ говоритъ ст. 809 уст. гражд. суд. При существующей же практикѣ судебному мѣсту, куда дѣло передается, остается лишь повторить дословно все то, что изложено въ указѣ Сената, каковая дѣятельность, очевидно, не отвѣчаетъ призванію и задачѣ суда. То же самое бываетъ, когда Сенатъ, напримѣръ, ограничивается лишь отмѣною акцессорной части рѣшенія, относительно, напримѣръ, процентовъ за извѣстное время или судебныхъ издержекъ, присужденныхъ въ пользу лица, о томъ не просившаго или не имѣющаго на то права; здѣсь совершенно достаточно отмѣнить часть рѣшенія по этимъ предметамъ и тѣмъ самымъ устранить допущенную неправильность, оставляя все прочее въ силѣ. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ слѣдовало бы ограничиваться возвращеніемъ дѣла при указѣ въ то судебное мѣсто, откуда оно поступило и этимъ производство дѣла должно бы считать вполнѣ оконченнымъ.

Въ предъидущемъ изложеніи я уже указывалъ на то, что прямая задача апелляціоннаго суда—подвергать повѣркѣ и оцѣнкѣ по существу обжалованное рѣшеніе низшаго суда, что объектомъ такой повѣрки и изслѣдованія долженъ служить добытый въ судѣ фактическій матеріалъ, а также подлежащія постановленія закона и что поэтому право представленія въ апелляціонный судъ *новыхъ* доказательствъ, не бывшихъ въ виду первой инстанціи, должно быть ограничено въ законѣ извѣстными случаями и опредѣленными терминами [1]). При такихъ условіяхъ производства апелляціонныхъ дѣлъ весьма значительно понизился бы процентъ отмѣняемыхъ кассаціоннымъ судомъ окончательныхъ рѣшеній. Нерѣдко рѣшенія апелляціонныхъ судовъ отмѣняются Сенатомъ по необсужденію ими той или другой вновь представленной тяжущимися бумаги (хотя не имѣвшей въ глазахъ

[1]) По проекту новаго устава австрійскаго гражданскаго судопроизводства указаніе на новыя обстоятельства дѣла и доказательства не допускаются въ апелляціонномъ производствѣ за нѣкоторыми исключеніями (Жур. Мин. Юст. за 1895 г. № 8, стр. 85).

суда существеннаго для дѣла значенія), по недопущенію допроса свидѣтелей, осмотра, экспертизы (хотя бы по обстоятельствамъ дѣла апелляціонный судъ нашелъ такой допросъ, осмотръ или экспертизу излишними и для разрѣшенія дѣла несущественными) и т. д. Отмѣняя рѣшеніе, Сенатъ обыкновенно указываетъ на нарушеніе 339 и 711 ст. Уст. гражд. суд. Послѣ такой отмѣны, когда дѣло передается въ другой судъ для новаго производства и рѣшенія и когда усмотрѣнные кассаціоннымъ судомъ дефекты производства устранены, тяжущіеся нерѣдко вновь представляютъ ту или другую бумагу или ссылаются на новыя доказательства, необсужденіе или непринятіе которыхъ опять даетъ сторонѣ возможность достигнуть кассаціи рѣшенія и т. д. (для достиженія этой цѣли стороны иногда на *всякій случай*, *про запасъ* — заявляютъ въ засѣданіи во время словеснаго состязанія какое-либо частное ходатайство или представляютъ какую-либо бумагу).

При такомъ положеніи вещей грань, отдѣляющая кассаціонныя функціи отъ судебныхъ, сглаживается и исчезаетъ. Такое отклоненіе отъ принциповъ кассаціи и «двухъ судебныхъ инстанцій», не безвредное для дѣла правосудія, утратитъ свой raison d'être, если весь фактическій матеріалъ дѣла будетъ по возможности исчерпанъ въ *первой* степени суда. Практика кассаціоннаго суда стала бы тогда твердою ногою на путь, указанный ей уставомъ, истолковывая законъ и строго разграничивая вопросы права отъ вопросовъ факта (ст. 5 Учр. суд. уст. и 11 Уст. гражд. суд.).

По доктринѣ Сената, опредѣленія его имѣютъ силу и обязательны не только по тому дѣлу, по которому опредѣленіе постановлено, и для того судебнаго установленія, въ которое дѣло передано къ новому разсмотрѣнію, но и вообще для всѣхъ другихъ дѣлъ и для всѣхъ другихъ судебныхъ мѣстъ (№№ 1598—70, 2—84; «разъясненія законовъ, сдѣланныя Правительствующимъ Сенатомъ, обязательны для подчиненныхъ ему судебныхъ мѣстъ»). Такая доктрина, поддерживаемая путемъ отмѣны судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ несогласно съ разъясненіями Сената и путемъ нерѣдко внушительныхъ указаній судебнымъ мѣстамъ на допущенныя ими отступленія отъ сужденій Сената,—не находитъ себѣ, однако, подтвержденія въ законѣ. По ст. 78 основныхъ положеній, «послѣдствіемъ отмѣны рѣшенія кассаціоннымъ департаментомъ Сената должно быть обращеніе дѣла къ новому по существу спора рѣшенію, но уже не въ тотъ судъ, коего приговоръ признанъ недѣйствительнымъ, а въ другой равной степени, который обязанъ, *въ изъясненіе точнаго разума закона*, подчиниться сужде-

ніямъ кассаціонныхъ департаментовъ». Это положеніе, вошедшее въ ст. 813 Уст. гражд. суд., не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что опредѣленія Сената имѣютъ обязательную силу только *для того суда*, куда дѣло передано для новаго разсмотрѣнія и *для этого* именно дѣла. Этотъ выводъ подтверждается еще второю частью той же ст. 813 о томъ, что кассаціонныя жалобы противъ постановленнаго на *семъ основаніи* (т. е. согласно съ сужденіями Сената) новаго рѣшенія ни въ какомъ случаѣ не пріемлются» (то же самое въ концѣ ст. 78 основныхъ положеній; такое же положеніе выражено въ ст. 930 Уст. угол. суд.). Законъ, слѣдовательно, говоря о силѣ опредѣленія Сената, имѣетъ въ виду *данное* дѣло *и данное* судебное мѣсто. Сенатъ не можетъ быть возведенъ на степень законодательнаго учрежденія и его опредѣленія не могутъ имѣть значеніе закона. Кассаціонные департаменты—*судебныя* мѣста и, какъ таковыя, имѣютъ право *толкованія* законовъ для приложенія ихъ къ отдѣльнымъ дѣламъ. Они отличаются отъ другихъ судовъ Имперіи тѣмъ, что сужденіе Сената при истолкованіи того или другого закона обязательны для того суда, въ который передано дѣло для перевершенія (даже Высочайшіе сепаратные указы имѣютъ, по прямому смыслу основныхъ законовъ, силу и значеніе только относительно того дѣла, по которому они послѣдовали, развѣ положительно было бы сказано, что сила ихъ распространяется и на другіе подобные случаи). Этому отнюдь не противорѣчитъ ст. 815 Уст. гражд. суд., по которой всѣ опредѣленія Сената по просьбамъ объ отмѣнѣ рѣшеній публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ. Опредѣленія Сената публикуются не для *непремѣннаго исполненія* ихъ судебными мѣстами (какъ это бываетъ при обнародованіи закона), а лишь для *руководства*, и не для однихъ судовъ, а для *всеобщаго свѣдѣнія*, т. е. для свѣдѣнія *всѣхъ* лицъ, для которыхъ, конечно, рѣшенія Сената могутъ служить только руководствомъ, но не обязательною нормою. Необходимо замѣтить, что въ выпискѣ изъ журнала Государственнаго Совѣта, помѣщенной подъ ст. 815 Уст. гражд. суд. (изд. Госуд. Канц.), слова «руководство» нѣтъ; въ ней говорится лишь о необходимости публиковать всѣ приговоры верховнаго судебнаго мѣста, одного для всей Имперіи, во всеобщее *свѣдѣніе*. Такимъ образомъ, текстъ закона изложенъ не вполнѣ согласно съ первоначальною мыслью Государственнаго Совѣта. Кромѣ того, если слову «руководство» придать значеніе всеобщей обязательности кассаціонныхъ рѣшеній, то это противорѣчило бы основному правилу гражданскаго судопроизводства, выраженному въ ст. 895 Уст. гражд.

суд., что рѣшеніе вступаетъ въ законную силу только въ отношеніи спорнаго предмета, отыскиваемаго и оспариваемаго тѣми же тяжущимися сторонами и на тѣхъ же основаніяхъ [1]). Высказываемый нами взглядъ на силу кассаціонныхъ рѣшеній раздѣляется лучшими нашими юристами (Энгельманомъ, Думашевскимъ, Побѣдоносцевымъ, Градовскимъ, Малышевымъ и Анненковымъ). «Нѣтъ законнаго основанія, говоритъ К. П. Побѣдоносцевъ, поставить суду въ *вину* примѣненіе закона не въ томъ или несовсѣмъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ разъясненъ *по другому* дѣлу прежнимъ рѣшеніемъ Сената»..... [2]). Во французскомъ правѣ даже тотъ судъ, которому послѣ кассаціи передается дѣло, не связанъ доктриною, преподанною кассаціоннымъ судомъ: судъ можетъ рѣшить дѣло по тѣмъ же юридическимъ основаніямъ, которыя признаны были кассаціоннымъ судомъ неправильными Въ этомъ случаѣ первоначальный кассаторъ можетъ принести новую жалобу, которая уже подлежитъ обсужденію общаго собранія всѣхъ трехъ департаментовъ кассаціоннаго суда (департ. прошеній, гражданскій и уголовный). До 1873 года *третій судъ* въ случаѣ кассаціи второго рѣшенія могъ опять не подчиняться ученію кассаціоннаго суда; тогда вопросъ права передавался кассаціоннымъ судомъ на обсужденіе законодательнаго корпуса. Но законъ 1 апрѣля 1873 года предоставилъ кассаціонному суду въ случаѣ вторичной жалобы по одному и тому же дѣлу постановлять окончательное опредѣленіе по вопросу права, и такое опредѣленіе общаго собранія кассаціоннаго суда имѣетъ уже силу закона для третьяго суда. Но во всякомъ случаѣ по французскому праву значеніе кассаціоннаго рѣшенія ограничивается только *даннымъ* дѣломъ, играетъ роль корректива для того суда, рѣшеніе котораго отмѣнено. Кассаціонныя рѣшенія имѣютъ для французской практики только теоретическое значеніе, и авторитетъ ихъ основанъ только на ихъ внутреннемъ содержаніи.

Внѣ всякаго сомнѣнія, что дѣятельность нашего кассаціоннаго суда внесла въ дѣйствующее право много плодотворныхъ началъ и понятій, выдвинутыхъ современнымъ правовымъ порядкомъ. При общеизвѣстныхъ дефектахъ нашего законодательства, при отсутствіи въ немъ нормъ, отвѣчающихъ на запросы современнаго соціально-экономическаго строя, нашему кассаціонному суду уже съ момента его учрежденія предстоялъ весьма сложный трудъ—восполнять путемъ

[1]) См. *Есиповичъ*, О толкованіи законовъ. Жур. Мин. Юст. 1894 г. № 2. стр. 109.

[2]) Судебное руководство, стр. 349—351.

правомѣрной интерпретаціи пробѣлы въ законѣ и созидать этимъ путемъ новыя въ нашемъ правѣ юридическія конструкціи. Во многихъ случаяхъ нашъ кассаціонный судъ въ теченіе своей многолѣтней дѣятельности проявлялъ истинно творческую способность и подготовлялъ цѣнный матеріалъ для кодификаціи русскаго гражданскаго права такъ, что въ этомъ отношеніи Сенатъ сослужилъ странѣ великую службу. Но, отмѣчая заслуги кассаціоннаго суда, нельзя въ то же время закрывать глаза на несоотвѣтствующее положеніе, въ которое поставлены судебныя мѣста, благодаря ученію Сената о *всеобщей* обязательности его разъясненій по вопросамъ права. По мѣрѣ того, какъ *кассаціонная* практика разростается въ своемъ объемѣ, въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ замѣчается оскудѣніе юридическаго анализа. Можно, мнѣ кажется, безошибочно сказать, что, сравнивая судебныя рѣшенія прежнихъ лѣтъ (послѣ введенія судебной реформы) съ рѣшеніями послѣднихъ лѣтъ, нельзя не отдать, во многихъ случаяхъ, предпочтенія первымъ. Они отличаются широкою постановкою вопросовъ права, тщательною и солидною мотивировкою. Судебныя же рѣшенія послѣднихъ формацій нерѣдко какъ бы *обходятъ* принципіальные вопросы права, дабы «не подпасть подъ кассацію», а если эти вопросы разрѣшены уже Сенатомъ, то «тезисъ» или «сужденіе» вносится нерѣдко съ фотографическою точностью въ рѣшеніе, безъ всякой самодѣятельности со стороны суда. Творческій элементъ все болѣе исчезаетъ изъ рѣшеній судовъ; въ нихъ преобладаетъ логическая, а не юридическая квалификація фактовъ, и судъ при разрѣшеніи того или другого спора сосредоточивается преимущественно на фактической сторонѣ дѣла. Съ этой точки зрѣнія накопившійся за послѣднее время судебный матеріалъ, т. е. рѣшенія судебныхъ мѣстъ, едва ли можетъ служить факторомъ правовыхъ идей и пособіемъ при предстоящей кодификаціи нашего права. Конечно, отнести такое положеніе вещей къ винѣ судей было бы несправедливо. Утомленному непосильною работою судьѣ естественно идти на встрѣчу всему тому, что способно облегчить его трудъ. Нерѣдко поэтому (а всего чаще по недосугу) судья вмѣсто того, чтобы вдуматься во внутренній смыслъ постановленія закона, его приложимость къ конкретному юридическому отношенію—прямо обращается къ «Сборнику кассаціонныхъ рѣшеній» или даже къ частнымъ изданіямъ (въ которыхъ разъясненія Сената помѣщены подъ статьями текста закона) и съ помощью найденнаго подходящаго тезиса постановляетъ рѣшеніе. Это дѣлается также изъ опасенія «подпасть подъ кассацію». Въ виду всего этого близкое знакомство съ кассаціонною практикою стало крайне

необходимымъ, такъ что знаніе кассаціонныхъ рѣшеній грозитъ—при отсутствіи у судей досуга—вытѣснить всякое другое знаніе и оправдать мнѣніе, высказанное даже относительно французскихъ судовъ, что la science des arrêts est devenue la science de ceux qui n'ont pas d'autre science (Dupin). Авторитетъ кассаціонныхъ рѣшеній, поддерживаемый доктриною Сената объ общей ихъ обязательности, становится нерѣдко въ глазахъ иныхъ судей выше даже авторитета самого закона: вмѣсто примѣненія къ данному случаю соотвѣтствующаго, по убѣжденію судьи, закона принимается въ руководство воззрѣніе Сената, болѣе или менѣе подходящее къ данному случаю, хотя бы оно не совпадало со взглядомъ судьи, утверждающимся на внутреннемъ смыслѣ закона. По мѣрѣ накопленія кассаціоннаго матеріала творческая самодѣятельность судьи все болѣе падаетъ, такъ что можно безъ натяжки сказать, что ст. 9 Уст. гражд. суд. находитъ себѣ въ настоящее время рѣдкое примѣненіе въ судахъ. Слѣдуетъ еще при этомъ отмѣтить, что подавляющая масса трудовъ нашего кассаціоннаго суда, отсутствіе оффиціальнаго систематическаго указателя разрѣшенныхъ этимъ судомъ вопросовъ (во Франціи такіе указатели издаются ежемѣсячно и ежегодно), встрѣчающіеся нерѣдко въ кассаціонной практикѣ контроверзы, а главное, отсутствіе въ нашей литературѣ критической разработки доктринъ Сената,—все это до крайности стѣсняетъ положеніе судьи, отнимаетъ у него увѣренность въ правосудности постановленнаго имъ рѣшенія и возбуждаетъ въ немъ тревожныя мысли о томъ, согласуется ли это рѣшеніе съ ученіемъ Сената и не будетъ ли оно симъ послѣднимъ кассировано.

Теперь уже настала пора разобраться въ накопившемся въ теченіе около 30 лѣтъ кассаціонномъ матеріалѣ; его слѣдовало бы подвергнуть переработкѣ и пересмотру, систематизировать, сохраняя лишь то, что дѣйствительно цѣнно для нашей правовой жизни и твердо усвоено судебною практикою. Для этого слѣдовало бы учредить особую юридическую коммиссію, состоящую изъ компетентныхъ, для подобнаго рода работъ, лицъ (профессоровъ, сенаторовъ, другихъ лицъ судебнаго вѣдомства и представителей адвокатуры). Труды этой коммиссіи выразились бы въ подведеніи итоговъ кассаціонной практики за все время ея существованія и въ изложеніи ихъ въ видѣ тезисовъ съ указаніемъ источника, изъ котораго они заимствованы. Эти тезисы должны бы быть систематизированы въ удобномъ для практическаго употребленія порядкѣ и обнародованы. Сборникъ такихъ положеній послужилъ бы крайне полезнымъ и общедоступнымъ пособіемъ не только для судебныхъ мѣстъ Имперіи, но и для

самого Сената въ дальнѣйшей его работѣ. Но сборникъ этотъ опять-таки не долженъ обратиться въ тормазъ самодѣятельности судей и остановить движенiе юридическаго мышленiя. Высказанныя Сенатомъ положенiя, хотя и одобренныя коммиссiею, не должны бы однако имѣть силу закона, безусловно обязательнаго для всѣхъ судовъ и дѣлъ. Конечно, эти положенiя будутъ приниматься въ соображенiе и даже къ руководству при рѣшенiи дѣлъ, но лишь настолько, насколько они примѣнимы къ индивидуальнымъ особенностямъ конкретнаго случая. Все сказанное вызываетъ необходимость въ болѣе ясной формулировкѣ въ самомъ законѣ положенiя о томъ, что сужденiя Сената обязательны лишь по данному дѣлу и для того судебнаго мѣста, въ которое дѣло передано для новаго разсмотрѣнiя. Авторитетъ сенатскихъ рѣшенiй будетъ тогда опираться на нихъ *внутренней* силѣ, содержанiи и достоинствѣ.

X.

Единоличный судъ по гражданскимъ дѣламъ.

Въ настоящее время можно считать безспорнымъ положенiе, что судъ долженъ быть близокъ къ населенiю, что права могутъ быть обезпечены и защищены лишь тогда, когда обращенiе къ суду не сопряжено съ особенными затрудненiями и издержками. Извѣстно, что Коммиссiя по пересмотру Судебныхъ Уставовъ задалась мыслью создать такой низшiй органъ юстицiи, который отвѣчалъ бы задачамъ мѣстнаго суда и ограждалъ бы права населенiя. Но каковъ бы ни былъ будущiй типъ мѣстнаго суда (будетъ ли онъ скроенъ по типу мироваго судьи, или же по образцу новѣйшей формацiи городскаго судьи или уѣзднаго члена окружнаго суда), *его юрисдикцiя должна быть шире юрисдикцiи мироваго судьи*. При этомъ только условiи судъ будетъ удовлетворять насущныя потребности населенiя: большинство дѣлъ по спорамъ о правѣ гражданскомъ или по охраненiю правъ будетъ разрѣшаться единоличною, доступною и близкою къ населенiю властью; процедура по этимъ дѣламъ будетъ по возможности упрощена и ускорена, и издержки производства будутъ доведены до minimum'a.

Теперь уже достаточно выяснилось, что изъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ окружнымъ судамъ, есть много такихъ, которыя представляются на столько простыми и несложными, что могли бы быть отнесены къ вѣдѣнiю мѣстнаго единоличнаго судьи. Тридцатилѣтняя дѣя-

тельность новаго суда и нотаріальныхъ учрежденій несомнѣнно оказала свое воздѣйствіе на эволюцію нашего правосознанія: многіе вопросы права и процесса выяснены и разрѣшены судебною, преимущественно кассаціонною практикою; благодаря нотаріальнымъ учрежденіямъ, введена была правильная регистрація правъ на недвижимое имущество, и это обстоятельство значительно облегчаетъ и упрощаетъ разрѣшеніе споровъ по землевладѣнію. Въ эпоху судебной реформы, совершившейся вслѣдъ за великимъ актомъ освобожденія крестьянъ, послужившимъ исходнымъ моментомъ для совершенно новыхъ правоотношеній, въ особенности по землевладѣнію, признавалось цѣлесообразнымъ разборъ дѣлъ по спорамъ о недвижимомъ имуществѣ отнести къ юрисдикціи общихъ, а не мировыхъ судовъ. Но въ настоящее время нашъ правовой бытъ на столько установился и упрочился, что представляется, мнѣ кажется, вполнѣ возможнымъ дѣла по спорамъ о недвижимомъ и движимомъ имуществѣ предоставить вѣдѣнію мѣстнаго единоличнаго судьи, ограничивъ его компетенцію опредѣленною суммою (примѣрно до 1000 руб.). Къ его же вѣдомству слѣдуетъ отнести, безъ ограниченія суммы, дѣла, производящіяся въ охранительномъ порядкѣ, объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній, о вводѣ во владѣніе и др. Такое измѣненіе въ порядкѣ подсудности создало бы большія удобства для всѣхъ, обращающихся къ содѣйствію суда, упростило и ускорило бы самое производство дѣлъ, безъ малѣйшаго ущерба для правосудія.

Въ другомъ мѣстѣ я уже указывалъ на то, что въ окружномъ судѣ и судебной палатѣ представленіе и собираніе доказательствъ сопровождаются весьма сложными и дорого стоющими формальностями (напр., допросъ свидѣтелей, мѣстный осмотръ, дознаніе чрезъ окольныхъ людей и экспертиза). Сношеніе суда съ тяжущимися, свидѣтелями и свѣдущими людьми, а также командированіе членовъ судебныхъ мѣстъ для осмотра и допроса требуютъ значительныхъ издержекъ, иногда превышающихъ цѣну отыскиваемаго права или предмета, и затягиваютъ процессъ на весьма продолжительное время. Еще болѣе серьезное неудобство, касающееся матеріальной стороны процесса, заключается въ томъ, что судъ или палата въ большинствѣ случаевъ рѣшаютъ споръ на основаніи однихъ *протоколовъ* свидѣтельскихъ показаній и заключеній свѣдущихъ людей, такъ какъ осмотръ, допросъ и экспертиза производятся лицомъ, не участвующимъ въ разрѣшеніи дѣла (членомъ или уѣзднымъ членомъ окружнаго суда). Такая система, очевидно, не согласуется съ принципомъ

устности. Всѣхъ этихъ неудобствъ станетъ гораздо меньше, если часть дѣлъ, нынѣ подвѣдомственныхъ общимъ (коллегіальнымъ) судамъ, будетъ отнесена къ вѣдомству единоличнаго мѣстнаго судьи. Сношенія его съ тяжущимися и свидѣтелями будутъ непосредственныя, онъ самъ будетъ производить допросъ, осмотръ и экспертизу (при участіи свѣдущихъ людей), количество издержекъ значительно сократится и дѣла будутъ разрѣшаться гораздо быстрѣе, чѣмъ теперь.

Приверженцы традиціонныхъ порядковъ могутъ намъ возразить, что коллегія представляетъ больше гарантій для правомѣрнаго разрѣшенія дѣла, чѣмъ единоличный судъ, но шаткость такого возраженія выступить наружу, если вспомнить, что коллегія (въ полномъ своемъ составѣ) въ большинствѣ случаевъ лишена возможности основательно и всесторонне изучать дѣло, что непосредственное изученіе его доступно только члену-докладчику и что остальные судьи, участвующіе въ разрѣшеніи дѣла, нерѣдко основываютъ свое убѣжденіе на фактахъ, сообщенныхъ имъ судьею-докладчикомъ. Такая система сложилась подъ давленіемъ тяжелаго, подчасъ непосильнаго труда, выпадающаго на долю каждаго судебнаго дѣятеля. Польза коллегіальнаго разрѣшенія дѣлъ безспорна въ дѣлахъ болѣе или менѣе сложныхъ, гдѣ возникаютъ вопросы права, прямо не предусмотрѣнные и не разрѣшенные нашимъ законодательствомъ, и гдѣ необходимо обращаться къ логическому толкованію закона. Но такая работа встрѣчается не часто, въ особенности теперь, когда по многимъ вопросамъ установилась прочная и солидно обоснованная практика. Во всякомъ случаѣ, нѣтъ основанія опасаться расширенія юрисдикціи мѣстнаго судьи *до извѣстныхъ предѣловъ*, если, разумѣется, должность судьи будетъ предоставлена лицамъ, получившимъ юридическое образованіе и освоившимся съ судебною техникою.

Еще менѣе встрѣчается препятствій отнести къ компетенціи мѣстнаго судьи дѣла объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства и о вводѣ во владѣніе, о правѣ собственности на недвижимое имущество по давности, объ узаконеніи и усыновленіи (всѣ эти дѣла производятся, по общему правилу, въ охранительномъ порядкѣ). Дѣла эти по своей конструкціи весьма несложны (за рѣдкими исключеніями); здѣсь нѣтъ ни спора, ни состязанія сторонъ; судъ только санкціонируетъ пріобрѣтенныя уже по тому или другому юридическому основанію права. Если это основаніе (титулъ) надлежащимъ образомъ удостовѣрено (родство съ наслѣдователемъ доказано, завѣщаніе составлено съ соблюденіемъ установленныхъ формъ, и подлинность завѣщанія удостовѣрена свидѣтелями и т. д.), то судья постановляетъ

соотвѣтствующее опредѣленіе. Здѣсь въ сущности и нѣтъ судейской работы въ собственномъ смыслѣ, ибо нѣтъ спора о правѣ; это дѣла такъ называемаго судебнаго управленія. На этомъ основаніи постановленныя въ охранительномъ порядкѣ *опредѣленія* могутъ быть отмѣнены, въ случаѣ спора, послѣдующимъ *рѣшеніемъ*, постановленнымъ въ состязательномъ порядкѣ. Съ расширеніемъ же юрисдикціи мѣстнаго единоличнаго суда движеніе дѣлъ въ общихъ коллегіальныхъ судахъ значительно будетъ ускорено, при чемъ судьи будутъ имѣть возможность всесторонне изучать всѣ детали и постановлять основательно мотивированныя рѣшенія (теперь, при подавляющей массѣ дѣлъ, это весьма трудно). Замѣчу, что предлагаемая юрисдикція мѣстнаго суда не чужда нашему законодательству: въ Закавказскомъ краѣ вѣдомству мирового судьи подлежатъ, между прочимъ, иски, какъ о движимомъ, такъ и недвижимомъ имуществѣ, цѣною не свыше 2000 рублей (ст. 1462 Уст. гражд. суд.).

Второю апелляціонною инстанціею для дѣлъ, рѣшаемыхъ мѣстнымъ судьею, долженъ быть, по моему мнѣнію, окружный судъ, какъ ближайшее къ мѣстнымъ судьямъ судебное установленіе. Въ настоящее время окружные суды составляютъ апелляціонную инстанцію для рѣшеній мировыхъ судей въ Закавказскомъ краѣ и уѣздныхъ членовъ окружнаго суда (ст. 1468 Уст. гражд. суд.; ст. 30 Правилъ объ устройствѣ судебной части). Отправленіе апелляціонныхъ функцій окружнымъ судомъ представляетъ больше гарантій для цѣлей правосудія, чѣмъ періодическіе съѣзды тѣхъ же мѣстныхъ судей, рѣшенія которыхъ подлежатъ обжалованію. При разнородности личнаго состава судовъ 1-й и 2-й степени можно съ большею увѣренностью ожидать, что обжалованныя рѣшенія будутъ обсуждаться вполнѣ самостоятельно и объективно, что дѣла получатъ всестороннее освѣщеніе и что въ апелляціонный процессъ не будутъ проникать постороннія вліянія, рутинные пріемы и взгляды, почти неизбѣжные при разсмотрѣніи апелляціонныхъ дѣлъ съѣздами. Окружнымъ же судамъ приносятся въ опредѣленныхъ случаяхъ частныя жалобы на частныя опредѣленія мѣстныхъ судей. Сроки обжалованія должны быть по возможности сокращены: для апелляціонныхъ жалобъ не болѣе мѣсяца, для частныхъ—не болѣе двухъ недѣль.

Обжалованію должно подлежать *всякое* рѣшеніе судьи на какую бы то ни было сумму, въ отличіе отъ существующаго нынѣ порядка. Принципъ двухъ инстанцій, разсматривающихъ дѣло по существу, долженъ имѣть примѣненіе ко *всѣмъ*, безъ исключенія, дѣламъ, и нѣтъ достаточнаго основанія объявлять рѣшенія первой инстанціи

по извѣстнаго рода дѣламъ *окончательными*, не подлежащими апелляціи. Лишать тяжущихся столь важныхъ гарантій, которыя содержатся въ правѣ принесенія апелляціи, единственно потому, что предметъ спора не превышаетъ опредѣленной суммы (ст. 162 Уст. гражд. суд.), представляется несогласнымъ съ общимъ началомъ двухъ инстанцій, положеннымъ въ основаніе правильно устроенной юстиціи (ст. 11 Уст. гражд. суд.). Цѣна иска не можетъ служить объективнымъ и одинаковымъ для всѣхъ показателемъ того интереса, который представляетъ отыскиваемый предметъ или право: какая бы ни была объявлена цѣна иска, разъ лицо обращается къ судебной власти и требуетъ возстановленія нарушеннаго права, оно должно пользоваться всѣми гарантіями правосудія. Итакъ, подобно рѣшеніямъ коллегіальныхъ судовъ, *всѣ* рѣшенія единоличныхъ судей должны считаться неокончательными и подлежащими обжалованію въ апелляціонномъ порядкѣ. Наконецъ, просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній окружныхъ судовъ, постановленныхъ въ апелляціонномъ порядкѣ, приносятся въ Правительствующій Сенатъ, ибо кассаціонныя функціи должны быть сосредоточены въ *одномъ* высшемъ въ имперіи учрежденіи.

Не касаясь спеціальныхъ судовъ (напримѣръ, волостныхъ и коммерческихъ судовъ), организація и юрисдикція которыхъ должны быть предметомъ особаго изслѣдованія, я бы предложилъ въ видѣ схемы такое устройство судебной части. Низшую степень суда, близкаго къ населенію, должны образовать единоличные *участковые судьи* съ юрисдикціею болѣе широкою противъ нынѣ существующей юрисдикціи земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. Число судей должно равняться числу участковъ, на которые будетъ раздѣленъ каждый городъ съ уѣздомъ. Апелляціонныя и частныя жалобы на рѣшенія и опредѣленія участковыхъ судей приносятся мѣстному окружному суду, а просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній сего послѣдняго приносятся Правительствующему Сенату. Вѣдомству участковаго судьи подлежатъ: 1) иски о движимомъ и недвижимомъ имуществѣ цѣною не свыше 1,000 рублей; 2) иски о вознагражденіи за ущербъ и убытки, когда количество оныхъ не превышаетъ 1,000 рублей, или же во время предъявленія иска не можетъ быть положительно извѣстно; 3) иски о личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ; 4) иски о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, когда со времени его нарушенія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ; 5) иски о правѣ участія частнаго, когда со времени его нарушенія прошло не болѣе года; 6) просьбы объ обезпеченіи доказательствъ по искамъ на всякую сумму, и 7) дѣла охранительнаго судопроизводства, а именно: объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства,

объ утвержденіи къ исполненію духовныхъ завѣщаній, о признаніи права собственности на недвижимыя имѣнія на основаніи давностнаго владѣнія, объ узаконеніи и усыновленіи и о вводѣ во владѣніе (ср. ст. 29 и прим. 1 Уст. гражд. суд.). Окружнымъ судамъ подсудны всѣ иски и дѣла, не подлежащіе вѣдомству участковыхъ судей. Апелляціонный и кассаціонный порядокъ обжалованія рѣшеній окружныхъ судовъ и судебныхъ палатъ такой же, какой существуетъ нынѣ, съ сокращеніемъ лишь сроковъ обжалованія.

Расширяя юрисдикцію единоличнаго участковаго судьи, слѣдуетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, предоставить ему разсмотрѣніе и разрѣшеніе споровъ о подлогѣ, заявленныхъ при производствѣ у него гражданскихъ дѣлъ. Изъятіе процесса по спорамъ о подлогѣ изъ вѣдѣнія мировыхъ судей (ст. 110 Уст. гражд. суд.) не можетъ быть оправдано съ точки зрѣнія цѣлесообразной судебной политики. Повѣрка доказательствъ тѣсно связана съ инструкціею дѣла и съ постановленіемъ рѣшенія. Судейское убѣжденіе будетъ тѣмъ тверже и устойчивѣе, чѣмъ ближе судья стоитъ къ собранному по дѣлу фактическому матеріалу, принимая непосредственное участіе въ оцѣнкѣ и повѣркѣ этого матеріала. Почему тотъ же судья, который облеченъ полномочіемъ разрѣшать споры о правѣ гражданскомъ, и притомъ въ предѣлахъ, мною предлагаемыхъ, не компетентенъ производить повѣрку акта, противъ котораго возбуждается споръ о подлогѣ? Вся процедура по этому спору происходитъ въ сферѣ *гражданскаго* судопроизводства, она направлена къ опредѣленію достоинства того или другого письменнаго доказательства, заподозрѣннаго въ подлинности; предметомъ сужденія является фактъ (подлинность или подложность акта), а не *лицо*, виновное или невиновное въ совершеніи подлога; словомъ, здѣсь нѣтъ существеннаго элемента уголовной юстиціи. Дѣйствительно, новѣйшее наше законодательство сдѣлало шагъ впередъ по этому предмету, но и оно остановилось на полдорогѣ. По ст. 71 закона 29 декабря 1889 года вся почти процедура по спору о подлогѣ отнесена къ вѣдомству земскихъ начальниковъ и городскихъ судей. «Когда противъ письменныхъ документовъ, существенныхъ при рѣшеніи дѣла, предъявленъ споръ о подлогѣ безъ указанія обвиняемаго, то земскій начальникъ или городской судья прежде всего предлагаетъ сторонѣ, представившей тѣ документы, взять ихъ обратно; въ случаѣ ея несогласія, земскій начальникъ или городской судья предоставляетъ объявившему о подлогѣ представить свои доказательства въ семидневный срокъ. По полученіи означенныхъ доказательствъ, а когда нужно, и по предварительномъ изслѣдованіи заподозрѣннаго доку-

мента . . . . земскій начальникъ или городской судья . . . . . или постановляетъ опредѣленіе о признаніи акта подлиннымъ и разрѣшаетъ дѣло, или же, признавъ актъ сомнительнымъ, пріостанавливаетъ у себя производство дѣла и назначаетъ сторонѣ, заявившей споръ о подлогѣ, мѣсячный срокъ для предъявленія въ окружномъ судѣ, исковымъ порядкомъ, требованія о признаніи заподозрѣннаго документа подложнымъ . . . . . . ». Законъ, повидимому, не довѣряетъ единоличной власти земскаго начальника или городского судьи признавать актъ *подложнымъ*, хотя бы это прямо подтвердилось произведеннымъ изслѣдованіемъ. Въ этомъ случаѣ актъ признается только *сомнительнымъ*; вопросъ же о подлогѣ составляетъ предметъ особаго иска, предъявляемаго въ окружномъ судѣ въ теченіе мѣсячнаго срока. Не останавливаясь на анализѣ постановленій ст. 71 (см. мое «Судопроизводство гражданское и уголовное въ новыхъ судебно-административныхъ учрежденіяхъ»), скажу лишь то, что, благодаря этому новому закону, компетенція земскаго начальника или городского судьи по спорамъ о подлогѣ стала (какъ это ни странно) шире компетенціи мирового судьи или уѣзднаго члена окружнаго суда, несмотря на то, что юрисдикція этихъ послѣднихъ гораздо шире юрисдикціи первыхъ. Итакъ, нѣтъ достаточныхъ причинъ выдѣлять изъ круга дѣятельности предполагаемыхъ участковыхъ судей производство по спорамъ о подлогѣ. Имъ должно быть предоставлено не только все то, что постановлено въ ст. 71, но и признаніе заподозрѣннаго акта *подложнымъ*. Тогда движеніе процесса будетъ непрерывное, и *все* производство дѣла будетъ находиться въ рукахъ одного и того же судьи; отъ этого несомнѣнно самый процессъ упростится, онъ избавится отъ излишней переписки и издержекъ, а исходъ его наступитъ скорѣе.

XI.

Право бѣдности.

По нашему Уставу гражданскаго судопроизводства существуетъ особое производство о правѣ бѣдности; о признаніи этого права подается прошеніе въ окружный судъ съ представленіемъ установленнаго удостовѣренія о недостаточности средствъ просителя на веденіе дѣла. Не могу, къ сожалѣнію, подтвердить статистическими данными, но, насколько я знаю изъ личной практики, о правѣ бѣдности ходатайствуютъ нерѣдко для предъявленія иска, по суще-

ству своему неосновательнаго и неправомѣрнаго. Лицо, вооружаясь правомъ бѣдности, обращается въ судъ нерѣдко съ такими требованіями, которыя при ближайшемъ ихъ разсмотрѣніи являются призрачными и судомъ отвергаются. Едва-ли 10% исковъ лицъ, пользующихся правомъ бѣдности, рѣшаются въ ихъ пользу. Конечно, съ общегосударственной точки знѣнія право бѣдности для веденія судебныхъ дѣлъ должно быть предоставлено всѣмъ, въ томъ нуждающимся: безъ такого права многія лица не могли бы пользоваться судебною защитою и тѣми необходимыми гарантіями, которыя государство предоставляетъ всѣмъ своимъ членамъ. Но когда право бѣдности обращается въ орудіе предъявленія необоснованныхъ и подчасъ вымышленныхъ претензій, право это не только безполезно, но и вредно: оно создаетъ мертворожденныя дѣла, вызываетъ непроизводительный трудъ суда и безнаказанно привлекаетъ къ отвѣту лицъ, ни въ чемъ неповинныхъ. По моимъ многократнымъ наблюденіямъ, дѣла, веденныя по праву бѣдности, изобилуютъ письменностью; бумаги пишутся самыя пространныя, дѣло нагромождено множествомъ справокъ и документовъ, имѣющихъ самое отдаленное отношеніе къ существу дѣла (а иногда вовсе къ нему не относящихся), заявляются ничѣмъ не обоснованныя ходатайства о выдачѣ, напр., свидѣтельства, о допросѣ свидѣтелей, о производствѣ дознанія, осмотра, экспертизы и т. д.; все это происходитъ, благодаря освобожденію лица отъ гербового и другихъ сборовъ. Словомъ, дѣло осложняется частными вопросами, бумажное производство и трудъ канцеляріи растетъ, засѣданія назначаются по нѣскольку разъ, и въ концѣ концовъ дѣло, проходя всѣ инстанціи, рѣшается противъ лица, пользующагося правомъ бѣдности!

По смыслу Устава, этимъ правомъ можетъ пользоваться, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ и участвующія въ дѣлѣ третьи лица; оно допускается и по дѣламъ охранительнаго судопроизводства, при чемъ судъ ограничивается только тѣми формальными требованіями, которыя преподаны Уставомъ. Въ виду указаныхъ аномалій было бы цѣлесообразно измѣнить порядокъ производства дѣлъ о признаніи права бѣдности въ томъ отношеніи, чтобы такое право признавалось въ такомъ лишь случаѣ, когда судъ, при первоначальномъ обозрѣніи дѣла по существу, найдетъ искъ или защиту лица, ходатайствующаго о правѣ бѣдности, болѣе или менѣе обоснованнымъ, хотя впослѣдствіи, при ближайшемъ и всестороннемъ разсмотрѣніи дѣла, такое заключеніе можетъ оказаться неправильнымъ и ошибочнымъ. Напомню, что для обезпеченія иска законъ требуетъ, чтобы онъ

представлялся достовѣрнымъ, и что часто однако иски, первоначально обезцэченные, оставляются безъ удовлетворенія. Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства требуетъ для признанія права бѣдности, чтобы искъ или защита не представлялись произвольными или безнадежными (ст. 106—«wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint»). Поэтому въ прошеніи о признаніи права бѣдности должно быть изложено спорное отношеніе съ приведеніемъ доказательствъ (ст. 109, въ концѣ).

По моему мнѣнію, истецъ, предъявляя искъ, можетъ въ исковомъ прошеніи, не оплаченномъ судебною пошлиною, гербовымъ и другими сборами, просить о признаніи за нимъ права бѣдности по данному дѣлу. Если судъ найдетъ искъ достовѣрнымъ и представленное свидѣтельство о бѣдности достаточнымъ, то онъ постановляетъ о признаніи за истцомъ права бѣдности и дѣлу дается установленное направленіе; въ противномъ случаѣ, судъ отказываетъ въ такомъ признаніи и оставляетъ исковое прошеніе безъ движенія съ назначеніемъ 7-мидневнаго срока для взноса пошлинъ и сборовъ (ст. 269 и 270 Уст. гражд. суд.). Точно такимъ же образомъ слѣдуетъ поступать и по отношенію къ отвѣтчику (судъ удостовѣряется въ большей или меньшей уважительности его возраженій).—Словомъ, признаніе или непризнаніе права бѣдности (ходатайство по этому предмету можетъ быть заявлено, какъ въ началѣ производства, такъ и впослѣдствіи, какъ въ первой, такъ и въ апелляціонной и кассаціонной инстанціи) должно быть поставлено въ зависимость *отъ существа дѣла* по тѣмъ даннымъ, которыя имѣются въ виду при разрѣшеніи вопроса о правѣ бѣдности. Я не усматриваю также основанія отнести производство о правѣ бѣдности исключительно къ вѣдомству *окружнаго суда* (ст. 881 и 884 Уст. гражд. суд.). При предлагаемомъ мною порядкѣ производство это не обособляется, а сливается и соединяется съ главнымъ производствомъ такъ, что вопросъ о правѣ бѣдности можетъ быть возбужденъ и при производствѣ дѣла у единоличныхъ участковыхъ судей и во всѣхъ стадіяхъ процесса (см. выше; отъ судебныхъ издержекъ не изъяты и дѣла, производящіяся у единоличныхъ судей). Поэтому я полагаю, что вопросъ о правѣ бѣдности долженъ разрѣшаться тѣмъ судебнымъ установленіемъ, въ которомъ возникло или производится самое дѣло, для веденія котораго лицо нуждается въ признаніи за нимъ права бѣдности. Итакъ, для признанія этого права, кромѣ формальныхъ основаній (надлежащее удостовѣреніе о семейномъ и имущественномъ

положенiи лица), должно быть на лицо и матеріальное основаніе (достовѣрность иска или вѣроятная правильность защиты). Правомъ бѣдности можетъ пользоваться тотъ, кто не способенъ нести судебныя издержки безъ вреда для необходимаго ему и семейству его содержанія. Такая неспособность должна быть выведена изъ представляемаго для этой цѣли удостовѣренія (ст. 881 и 882 Уст. гражд. суд.; ср. также ст. 106 и 109 германскаго устава).

По смыслу нашего Устава лицо, пользующееся правомъ бѣдности, не освобождается однако отъ представленія кассаціоннаго залога (ст. 190 и 800 Уст. гражд. суд., кассац. рѣш. №№ 394—1873 г. и 277—1880 г.). Такое суровое правило едва ли можетъ быть оправдано соображеніями судебной политики. Хотя просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній составляютъ чрезвычайный способъ обжалованія, но тѣмъ не менѣе это средство защиты представляетъ весьма цѣнную гарантію для лицъ, противъ которыхъ рѣшеніе или опредѣленіе постановлено, и въ случаѣ отмѣны можетъ быть постановлено другое рѣшеніе или опредѣленіе въ пользу жалобщика. Какъ извѣстно, законъ о кассаціонномъ залогѣ, изданный въ 1868 году, т. е. черезъ 4 года послѣ изданія Судебныхъ Уставовъ, преслѣдовалъ практическую цѣль: сократить число неосновательныхъ просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній. Такою мѣрою свобода судебной защиты была несомнѣнно стѣснена, ибо прегражденъ былъ путь и *основательнымъ* просьбамъ объ отмѣнѣ, если проситель не могъ внести кассаціоннаго залога. Непредставленіе, одновременно съ подачею просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія, залога (10 и 100 руб.) влечетъ за собою возвращеніе самой просьбы (ст. 800 Уст. гражд. суд., кассац. рѣш. № 142—1880), такъ что если она подана въ послѣдній день кассаціоннаго срока (что̀ въ большинствѣ случаевъ и бываетъ),—право обжалованія утрачивается безповоротно. Требованіе же залога отъ лицъ, пользующихся правомъ бѣдности, прямо лишаетъ ихъ права судебной защиты. Тотъ, кто не способенъ безъ ущерба для необходимаго содержанія его самого и семейства внести судебныя пошлины или гербовый сборъ, конечно, не имѣетъ никакой возможности представить кассаціонный залогъ. За этимъ лицомъ компетентнымъ судебнымъ мѣстомъ признано право бѣдности на веденіе даннаго дѣла (такое признаніе будетъ притомъ обусловливаться, какъ я предлагаю, достовѣрностью иска или защиты), и это право должно сохраниться во *всѣхъ* стадіяхъ процесса по данному дѣлу (не исключая и кассаціонной инстанціи) до тѣхъ поръ, пока съ перемѣною обстоятельствъ лицо не сдѣлается состоятельнымъ (ст. 886 Уст. гражд. суд.). Та-

кимъ образомъ тотъ, кто пользуется правомъ бѣдности, долженъ быть освобожденъ отъ представленія кассаціоннаго залога; относительно же всѣхъ другихъ лицъ непредставленіе залога должно бы повлечь за собою оставленіе просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія *безъ движенія* (а не возвращеніе просьбы) съ назначеніемъ опредѣленнаго срока (7 дней) для восполненія этого недостатка (ст. 756 и 801 Уст. гражд. суд.).

Замѣчу кстати, что слѣдовало бы, по моему мнѣнію, совершенно отмѣнить требованіе закона о представленіи при просьбѣ объ отмѣнѣ засвидѣтельствованной копіи обжалованнаго рѣшенія (ст. 800 Уст. гражд. суд.). Такое требованіе составляетъ совершенно излишнее стѣсненіе для тяжущихся и просителей и увеличиваетъ напрасно расходы по производству дѣла (гербовыя и канцелярскія пошлины). Первоначально, при изданіи Судебныхъ Уставовъ, постановлено было, что «просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній подаются въ Кассаціонный Департаментъ Правительствующаго Сената» (ст. 801 Уст. гражд. суд.). По мысли законодателя, кассаціонныя жалобы должны были поступать прямо въ Сенатъ; тогда, разумѣется, Сенату необходимо было имѣть предъ собою и копію обжалованнаго рѣшенія, иначе онъ не могъ бы провѣрить, въ какой степени жалоба заслуживаетъ уваженія. Но впослѣдствіи (10 апрѣля 1867 года) законъ распространилъ на кассаціонный процессъ правила, постановленныя для апелляціоннаго производства (вторая часть ст. 801 Уст. гражд. суд.). Въ силу этого новаго порядка просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній подаются въ то судебное мѣсто, рѣшеніе котораго обжаловано (судебная палата); это мѣсто, по совершеніи всѣхъ подготовительныхъ процессуальныхъ дѣйствій, представляетъ въ Сенатъ вмѣстѣ съ жалобою все подлинное производство, въ томъ числѣ и обжалованное рѣшеніе; слѣдовательно, обязанность представленія кассаторомъ копіи рѣшенія потеряла свой raison d'être.

XII.

Процессуальные сроки.

Всѣ процессуальныя дѣйствія совершаются въ предѣлахъ сроковъ, установленныхъ закономъ или назначаемыхъ судомъ (ст. 816). Большая или меньшая продолжительность производства гражданскаго дѣла зависитъ отчасти отъ взаимнаго согласія тяжущихся; но и здѣсь законъ ставитъ извѣстный предѣлъ, далѣе котораго воля сторонъ

безсильна. Такъ, пріостановленное, по взаимному согласію сторонъ, производство признается уничтоженнымъ, когда въ теченіе трехъ лѣтъ со времени его пріостановленія не было подано просьбы о возобновленіи онаго (ст. 681 и 689). Точно также отсрочка съ согласія тяжущихся допускается *одинъ* только разъ; но есть дѣйствія и случаи, для которыхъ отсрочка вовсе не допускается, несмотря на согласіе сторонъ, а именно: 1) для подачи отзывовъ на заочныя рѣшенія, апелляціонныхъ и частныхъ жалобъ, равно прошеній объ отмѣнѣ рѣшеній; для этихъ дѣйствій существуютъ такъ называемые рѣшительные или роковые сроки (dies fatales, Nothfristen); 2) когда объ отсрочкѣ просятъ уже по истеченіи назначеннаго срока..... (ст. 832 и 833).

По общему правилу, съ истеченіемъ срока прекращается ограниченное имъ право тяжущагося на совершеніе процессуальнаго дѣйствія (ст. 817 и 825), такъ что всѣ судебные сроки имѣютъ пресѣкательный, преклюзивный характеръ. Пропущенный срокъ можетъ быть возстановленъ при наличности указанныхъ въ законѣ условій, и это составляетъ предметъ особаго производства (ст. 835—838, 778—782 Уст. гражд. суд.). Взаимное согласіе сторонъ не можетъ служить основаніемъ къ возстановленію пропущеннаго срока, ибо срочность и своевременность процессуальныхъ дѣйствій составляютъ необходимое условіе правильнаго теченія дѣла и прохожденія имъ всѣхъ стадій процесса. Конечно, совершеніе того или другого судебнаго дѣйствія, подача той или другой бумаги, представленіе доказательствъ и проч. вполнѣ зависятъ отъ воли сторонъ; здѣсь имѣются въ виду исключительно *частные* интересы и цѣли. Но эта индивидуальная воля ограничена, въ интересахъ общегосударственныхъ, для правильнаго функціонированія судебныхъ учрежденій, опредѣленными сроками. Поэтому вопросъ о пропускѣ срока долженъ быть возбуждаемъ самимъ судомъ, независимо отъ указаній стороны (ex officio). Однако на практикѣ, насколько извѣстно, суды, благодаря широкому примѣненію состязательнаго начала, возбуждаютъ вопросъ о пропускѣ срока далеко не во всѣхъ случаяхъ. И это служитъ одною изъ причинъ чрезмѣрнаго накопленія дѣлъ и медленности ихъ производства. Такъ, напр., судъ назначаетъ тяжущимся срокъ: а) для разъясненія недоказанныхъ ими обстоятельствъ (ст. 368); б) для представленія какого-либо документа, справки, свидѣтельства или денегъ, необходимыхъ для производства судебныхъ дѣйствій (ст. 357 и 452); в) для избранія свѣдущихъ людей (ст. 518); г) для письменнаго изложенія встрѣчнаго иска (ст. 342) и т. п. Пропускъ этихъ

сроковъ не влечетъ обыкновенно за собою никакихъ послѣдствій, въ особенности при отсутствіи возраженій противной стороны: судъ въ этихъ и подобныхъ случаяхъ самъ не возбуждаетъ вопроса о несвоевременности того или другого дѣйствія. Даже пропускъ сроковъ, назначенныхъ самимъ закономъ, во многихъ случаяхъ не приноситъ тяжущемуся никакого вреда. Сюда относятся: подача или представленіе по истеченіи срока состязательныхъ бумагъ (313—318 и 362), доказательствъ подлога и возраженія противъ нихъ (ст. 559, 560).

Нерѣдко встрѣчаемся съ такимъ явленіемъ. Назначенъ сторонамъ срокъ на представленіе денегъ, нужныхъ, напр., для допроса свидѣтелей, осмотра, дознанія или для производства экспертизы, но деньги не представляются или же представлены уже по истеченіи срока и времени, назначеннаго для производства этихъ дѣйствій. Суды обыкновенно назначаютъ новые сроки, или производство дѣла фактически останавливается до представленія денегъ. Такая практика представляется крайне неудобною, въ особенности, когда дѣло находится въ производствѣ судебной палаты и когда ею поручено суду допросить свидѣтелей, экспертовъ и проч. Бываютъ случаи, что дѣло цѣлыми годами ждетъ своего разрѣшенія (въ палатѣ) единственно потому, что сторона не представляетъ потребныхъ для производства судебныхъ дѣйствій денегъ. Такой порядокъ, очевидно, выгоденъ для проигравшей въ судѣ дѣло стороны и крайне невыгоденъ для другой стороны (достаточно ссылки на свидѣтелей для того, чтобы затянуть на неопредѣленное время окончаніе дѣла). А между тѣмъ назначеніе дѣла къ слушанію въ апелляціонной инстанціи, а слѣдовательно и разрѣшеніе спора должно происходить ex officio, независимо отъ воли и просьбы сторонъ (ст. 767 и 770).

Мы уже въ другомъ мѣстѣ замѣтили, что состязательный принципъ не долженъ быть доводимъ до крайности, что не слѣдуетъ смѣшивать формальную дѣлопроизводственную сторону процесса съ матеріально-правовою его стороною и что первая находится въ распоряженіи судебной власти и ея органовъ и не зависитъ отъ частной воли сторонъ. Уже въ самомъ понятіи срока содержится послѣдствіе пропуска его, при чемъ безразлично, назначенъ ли онъ закономъ или судомъ. Во многихъ случаяхъ въ самомъ законѣ указано послѣдствіе пропуска срока (напр., ст. 320, 321, 562, 569, 575, 653, 654, 659, 729[1], 755, 904 и друг.; въ нѣкоторыхъ случаяхъ употребляется выраженіе «не позже»). Но нельзя предположить, чтобы пропускъ срока не имѣлъ для сторонъ никакихъ послѣдствій въ тѣхъ случаяхъ, когда они прямо не указаны въ законѣ. Тогда, съ одной

стороны, совершенно безцѣльно назначать срокъ для того или другого процессуальнаго дѣйствія, съ другой — отъ произвола частнаго лица зависѣло бы отдалять на неопредѣленное время исходъ процесса (если для него это выгодно), заявляя разнаго рода частныя ходатайства.

Изъ подробной регламентаціи о срокахъ, объ ихъ исчисленіи и окончаніи (ст. 816—831) ясно до очевидности, что процессуальныя права тяжущагося, ограниченныя срокомъ, съ истеченіемъ его прекращаются (въ ст. 825 прямо выражено: «право тяжущагося, отъ срока зависящее», «съ закрытіемъ засѣданія прекращается ограниченное срокомъ право тяжущагося»; см. также ст. 208 германскаго устава). Наконецъ, правила о возстановленіи пропущеннаго срока, постановленныя въ видѣ корректива, были бы совершенно излишни, если бы пропускъ срока не производилъ никакого эффекта. Вотъ почему можно съ увѣренностью сказать, что съ истеченіемъ срока производство дѣла должно получить дальнѣйшее направленіе, и все, сдѣланное тяжущимся уже послѣ срока, для сего назначеннаго, должно быть разсматриваемо, какъ не существующее и не имѣющее значенія для дѣла. Такъ, напр., окружный судъ или судебная палата, по требованію стороны, постановили о допросѣ свидѣтелей, осмотрѣ или экспертизѣ, назначивъ опредѣленный срокъ на представленіе нужныхъ для производства этихъ дѣйствій денегъ; если деньги въ срокъ не представлены, то дѣло должно быть назначено, ex officio, къ слушанію, разсмотрѣно и разрѣшено по имѣющемуся въ дѣлѣ матеріалу. Словомъ, сроки должны быть соблюдаемы въ точности, пропускъ ихъ долженъ сопровождаться вредными для лица послѣдствіями, которыя могутъ быть устранены не иначе, какъ путемъ возстановленія пропущеннаго срока (см. ст. 211 и слѣд. германскаго устава; напомню, что по нашему закону даже болѣзнь тяжущагося не можетъ служить ему ни оправданіемъ въ пропускѣ срока, ни поводомъ къ продолженію онаго—ст. 834).

Въ видахъ установленія единообразной практики судовъ по этому предмету слѣдовало бы, по моему мнѣнію, болѣе рѣшительно постановить въ законѣ о послѣдствіяхъ пропуска срока.

XIII.

Исполнительное производство.

Нашъ Уставъ гражданскаго судопроизводства посвящаетъ особую главу исполнительному производству по разсчетамъ объ убыткахъ,

доходахъ и издержкахъ (ст. 896—923). Это такъ называемый разсчетный процессъ (Verfahren in Rechnungssachen; Redditions de comptes, Liquidation de dommages-intérêts), существующій и въ другихъ законодательствахъ. Правила Устава по этому предмету представляются на мой взглядъ недостаточно опредѣленными и вызываютъ въ литературѣ и въ судебной практикѣ споры и недоумѣнія. Въ особенности сбивчивы постановленія, касающіяся представленія отчета по управленію дѣлами и имуществомъ. Въ самомъ дѣлѣ, съ одной стороны, судъ въ рѣшеніи своемъ признаетъ обвиненную сторону обязанною представить отчетъ по управленію дѣлами и имуществомъ (ст. 896,— въ этомъ повидимому и заключается сущность рѣшенія и этимъ заканчивается главное производство), съ другой — возникаетъ вслѣдъ за симъ новое дѣло (исполнительное производство) по прошенію лица, въ пользу котораго уже постановлено рѣшеніе, *о томъ же предметѣ*, т. е. объ истребованіи отчетности, каковое прошеніе подается въ трехмѣсячный срокъ со дня вступленія рѣшенія въ законную силу (ст. 899 и 900). По этому прошенію судъ назначаетъ отвѣтчику срокъ отъ одного до трехъ мѣсяцевъ на представленіе отчета (903). Казалось бы, что эта обязанность отвѣтчика (представленіе отчета) уже установлена судебнымъ рѣшеніемъ (въ немъ обыкновенно, и по моему мнѣнію совершенно правильно, назначается и срокъ представленія отчета—ст. 934). Въ такомъ случаѣ вторичное требованіе по тому же предмету и новое назначеніе срока совершенно излишни. Предположимъ, что отвѣтчикъ возложенную на него рѣшеніемъ обязанность исполнилъ, отчетъ въ назначенный срокъ представилъ; какія затѣмъ наступаютъ послѣдствія, въ законѣ не указано. Можетъ ли истецъ возражать противъ отчета и въ какомъ порядкѣ? Повидимому не можетъ, ибо съ формальной стороны рѣшеніе суда исполнено, производство дѣла уже окончено и не можетъ быть возобновлено. Но вѣдь отчетъ можетъ быть несогласенъ съ дѣйствительностью: статьи дохода и расхода не оправданы, такъ что въ рукахъ отвѣтчика могутъ находиться принадлежащіе истцу капиталы или имущества. Далѣе: какъ поступить, если отчетъ въ назначенный рѣшеніемъ срокъ *не* представленъ? Вновь просить о томъ же предметѣ едва ли правильно: это противно принципу res judicata. По моему мнѣнію, эти недоумѣнія могли бы быть устранены двоякимъ путемъ.

А) Исполнительное производство по предмету истребованія отчета или отчетности должно бы заключаться въ слѣдующемъ: 1) Въ случаѣ представленія отвѣтчикомъ при особомъ прошеніи отчета, копія

его сообщается истцу съ назначеніемъ ему опредѣленнаго срока для представленія письменнаго объясненія по этому предмету, и дѣло передается члену-докладчику, который въ назначенный имъ срокъ производитъ въ присутствіи сторонъ, въ случаѣ ихъ явки, повѣрку отчета и представленныхъ сторонами объясненій (объяснительное производство). Онъ же допрашиваетъ, по требованію сторонъ, свидѣтелей, производитъ повѣрку доказательствъ и даетъ свое письменное заключеніе о результатахъ повѣрки. Затѣмъ онъ вноситъ дѣло въ судебное (коллегіальное) засѣданіе, о чемъ объявляется тяжущимся. Неявка ихъ не останавливаетъ разсмотрѣнія дѣла. Судъ постановляетъ рѣшеніе въ пользу той или другой стороны, смотря по результатамъ повѣрки отчета и разсмотрѣнія дѣла. Слѣдуетъ отмѣтить, что истецъ, въ случаѣ возраженія противъ отчета, обязанъ опредѣлить, какая именно сумма отвѣтчикомъ не оправдана и подлежитъ взысканію. 2) Въ случаѣ непредставленія отвѣтчикомъ отчета въ назначенный ему рѣшеніемъ суда срокъ, истецъ не позже одного мѣсяца со времени окончанія этого срока можетъ представить приблизительный счетъ суммамъ, которыя онъ признаетъ подлежащими взысканію, не теряя впрочемъ права предъявить искъ по сему предмету въ общемъ порядкѣ (ст. 896 и 911). Копія этого разсчета сообщается отвѣтчику, и затѣмъ дальнѣйше движеніе дѣла происходитъ въ указанномъ выше порядкѣ. Роль отвѣтчика въ сломъ случаѣ труднѣе тѣмъ, что онъ обязанъ надлежащими доказательствами опровергать приблизительный разсчетъ истца. Необходимо при этомъ замѣтить, что нахожденіе въ извѣстное время имущества или капиталовъ истца въ рукахъ отвѣтчика уже установлено рѣшеніемъ суда, постановившимъ объ истребованіи отчета, такъ что на обязанности отвѣтчика доказать въ исполнительномъ производствѣ (возникло ли оно по инициативѣ истца или отвѣтчика—это безразлично), что это имущество или капиталы употреблены имъ правомѣрно (ст. 366 Уст. гражд. суд.).

Б) Представляется, однако, болѣе цѣлесообразнымъ и вполнѣ возможнымъ дѣла объ истребованіи отчета по управленію дѣлами и имуществомъ разрѣшать въ *одномъ* производствѣ, не раздробляя этихъ дѣлъ на двѣ отдѣльныя части. Предъявляя искъ объ истребованіи отчета, истецъ обязанъ, по моему мнѣнію, опредѣлить, хотя приблизительно, сумму, подлежащую взысканію. Требованіе отчета уже само собою предполагаетъ, что, по мнѣнію истца, въ рукахъ отвѣтчика находятся имущество и капиталы, принадлежащіе истцу. Изъ выраженія ст. 896 «но не найдетъ возможнымъ опредѣлить са-

мую сумму присуждаемаго взысканія» слѣдуетъ заключить, что истецъ не можетъ ограничиваться однимъ требованіемъ отчетности (это не есть конечная цѣль иска), а обязанъ указать тотъ имущественный интересъ, который имѣетъ для него такое требованіе, другими словами, предъявить денежное требованіе (въ крайнемъ случаѣ, если истецъ не въ состояніи точно опредѣлить сумму взысканія, онъ можетъ формулировать свое требованіе въ общей формѣ: присудить ту сумму, которая окажется неоправданною по отчету). Замѣчу, что только въ *исполнительномъ* порядкѣ истецъ освобождается по дѣламъ объ истребованіи отчета отъ означенія отыскиваемой суммы (ст. 900), предполагая, что истцу трудно «сдѣлать разсчетъ отыскиваемой суммы»; но это исключительное правило не должно распространяться на «главное производство».

Копія исковаго прошенія и приложеній сообщается отвѣтчику для подачи, если пожелаетъ, въ назначенный судомъ срокъ, письменнаго отвѣта. По полученіи отвѣта или по истеченіи срока на подачу его дѣло вносится въ судебное засѣданіе, о чемъ извѣщаются стороны. Неявка ихъ въ засѣданіе не останавливаетъ разсмотрѣнія дѣла. Если судъ найдетъ искъ достаточно обоснованнымъ (установлено, напр., что отвѣтчикъ завѣдывалъ дѣлами или управлялъ имѣніемъ истца), то судъ назначаетъ отвѣтчику опредѣленный срокъ (продолжительность котораго зависитъ отъ большей или меньшей сложности отношеній сторонъ), въ теченіе котораго онъ обязанъ представить отчетъ по управленію дѣлами и имуществомъ истца. Это постановленіе имѣетъ подготовительный характеръ и направлено къ тому, чтобы путемъ отчета установить, причитается ли истцу и какая именно сумма отъ отвѣтчика. Дальнѣйшая затѣмъ процедура (какъ въ случаѣ представленія отчета, такъ и въ случаѣ непредставленія его) происходитъ въ вышеуказанномъ (А) порядкѣ, т. е. дѣло поручается члену-докладчику, который производитъ повѣрку отчета и объясненій сторонъ и вноситъ дѣло съ своимъ заключеніемъ въ судебное засѣданіе, и затѣмъ судъ постановляетъ соотвѣтствующее рѣшеніе. Предлагаемое мною сліяніе двухъ производствъ (главное и исполнительное) въ одно повело бы къ упрощенію процесса, сокращенію письменности и сбереженію расходовъ по веденію дѣла. При дѣйствующемъ порядкѣ *первое* рѣшеніе (по главному иску), обязывающее отвѣтчика представить отчетъ, въ сущности никакого реальнаго права истцу не предоставляетъ; рѣшеніе это, въ отступленіе отъ общаго правила, не можетъ быть приведено въ исполненіе ни однимъ изъ указанныхъ въ законѣ способовъ; оно не содержитъ въ себѣ никакихъ по-

слѣдствій неисполненія отвѣтчикомъ возложенной на него обязанности, оно само по себѣ не разрѣшаетъ спорнаго между сторонами отношенія и безъ другаго слѣдующаго производства (исполнительнаго) не имѣетъ никакого значенія. Лицу, повидимому, выигравшему процессъ, предстоитъ вести еще длинный, осложненный разными письменными объясненіями и разсчетами, процессъ; послѣдній не можетъ начинаться ранѣе вступленія рѣшенія по главному иску въ законную силу (ст. 899),—и не иначе, какъ подачею надлежащаго прошенія, оплачиваемаго судебными и гербовыми пошлинами (ст. 897). Затѣмъ слѣдуетъ цѣлый рядъ процессуальныхъ дѣйствій, для совершенія которыхъ законъ назначаетъ продолжительные сроки, возникаетъ объяснительное производство у члена-докладчика, которое можетъ продолжаться неопредѣленное время и т. д. (ст. 903 и слѣд.). Короче сказать, «главный искъ» въ сравненіи съ «исполнительнымъ производствомъ» объ истребованіи отчета представляется чрезвычайно простымъ и легкимъ: весь центръ тяжести, сущность спора о правѣ гражданскомъ и весь экономическій интересъ содержится въ исполнительномъ производствѣ и имъ разрѣшается. Все это говоритъ въ пользу предлагаемой мною схемы соединенія двухъ производствъ въ одно и разрѣшенія дѣлъ объ истребованіи отчета *однимъ* рѣшеніемъ.

Въ такомъ же порядкѣ могли бы быть, по моему мнѣнію, произведены и другія дѣла, для которыхъ установленъ исполнительный порядокъ, а именно: дѣла о возвращеніи полученныхъ съ отсужденнаго имѣнія доходовъ, о вознагражденіи за убытки и судебныя издержки (ст. 896). Въ большинствѣ случаевъ и въ настоящее время суды обѣихъ инстанцій одновременно съ постановленіемъ рѣшенія по дѣлу опредѣляютъ количество причитающихся той или другой сторонѣ судебныхъ издержекъ, такъ что въ исполнительномъ производствѣ по этому предмету нѣтъ никакой надобности. Болѣе сложнымъ представляется опредѣленіе суммы взысканія убытковъ и доходовъ. Но и здѣсь можно бы обойтись безъ особаго исполнительнаго производства. Дѣло въ томъ, что сплошь и рядомъ, отыскивая изъ чужаго владѣнія имущество, истецъ въ то же время требуетъ возвращенія полученныхъ отвѣтчикомъ съ имущества доходовъ или вознагражденія за причиненные истцу убытки. Въ большинствѣ случаевъ истецъ даже положительно опредѣляетъ сумму этихъ доходовъ и убытковъ. Основаніемъ ко взысканію вознагражденія за вредъ часто служитъ, какъ извѣстно, недозволенное дѣяніе или упущеніе лица, причинившее имущественный ущербъ другому (ст. 683 и 684 т. X, ч. 1). Въ этомъ случаѣ суды рѣдко отсылаютъ истца къ исполни-

тельному порядку, а опредѣляютъ тутъ же по представленнымъ къ дѣлу даннымъ (если, разумѣется, самое право на вознагражденіе за убытки установлено) сумму, подлежащую взысканію (напр., по искамъ къ владѣльцамъ желѣзныхъ дорогъ). Если требованіе объ убыткахъ или доходахъ основано на незаконномъ владѣніи имуществомъ истца, то судъ, признавая искъ правомѣрнымъ, можетъ по дѣламъ болѣе сложнымъ, не разрѣшая дѣла по существу, поручить члену-докладчику произвести провѣрку доказательствъ убытковъ и доходовъ (путемъ допроса свидѣтелей, экспертовъ и проч.) и внести дѣло со своимъ заключеніемъ о количествѣ убытковъ и доходовъ въ судебное засѣданіе. Затѣмъ судъ по разсмотрѣніи дѣла постановляетъ свое рѣшеніе. Понятно, что если исчисленіе доходовъ или опредѣленіе размѣра убытковъ не представляетъ затрудненій, судъ можетъ, не передавая дѣла члену-докладчику, постановить по этому предмету рѣшеніе. Во всякомъ случаѣ, я не вижу необходимости въ раздвоеніи означенныхъ исковъ на два отдѣльныхъ производства и въ сохраненіи всѣхъ сопряженныхъ съ такимъ раздвоеніемъ практическихъ осложненій и неудобствъ.

Итакъ я, полагаю, что ст. 896 и слѣд. могли бы быть безъ ущерба исключены изъ Устава гражданскаго судопроизводства и что взамѣнъ правилъ объ исполнительномъ производствѣ слѣдуетъ постановить, что при производствѣ дѣлъ объ отсужденіи имѣнія и возвращеніи полученныхъ съ него доходовъ, о вознагражденіи за убытки и судебныя издержки или о представленіи отчета по управленію дѣлами и имуществомъ, судъ можетъ, до постановленія рѣшенія, поручить члену-докладчику произвести повѣрку количества доходовъ, убытковъ и судебныхъ издержекъ, а также повѣрку отчета по управленію дѣлами и имуществомъ истца; съ постановленіемъ такого общаго правила долженъ быть вмѣстѣ съ тѣмъ указанъ порядокъ производства этихъ дѣлъ (см. выше).

XIV.

Частныя жалобы.

По принятому Уставомъ основному началу, вообще полагается для гражданскихъ дѣлъ лишь *одна* апелляціонная инстанція (мировой или уѣздный съѣздъ и судебная палата), а по нѣкоторымъ дѣламъ (цѣною не свыше 30 руб.) вовсе не допускается апелляція. Этотъ принципъ распространяется также на дѣла, производящіяся въ частномъ или безспорномъ порядкѣ. Но есть нѣкоторыя категоріи дѣлъ,

гдѣ этотъ принципъ, безъ достаточнаго къ тому основанія, повидимому нарушается. Такъ, постановленія конкурснаго управленія, опекунскихъ учрежденій (дворянской опеки и сиротскаго суда) и старшаго нотаріуса повѣряются по *существу* (въ апелляціонномъ порядкѣ), въ случаѣ подачи жалобы, *двумя* инстанціями (окружнымъ судомъ и судебною палатою), и лишь Сенатъ разсматриваетъ эти дѣла въ кассаціонномъ порядкѣ. Достаточно, казалось бы, допускать жалобы на означенныя постановленія по *существу* только въ окружный судъ, на опредѣленія же послѣдняго допускать *кассаціонныя* жалобы въ Сенатъ. Такой порядокъ установленъ относительно дѣлъ, подлежащихъ вѣдѣнію уѣзднаго члена окружнаго суда (ст. 30 правилъ 9 іюля 1889 года). Въ Привислянскихъ и Прибалтійскихъ губерніяхъ точно также для разбора по *существу* жалобъ на ипотечныя и крѣпостныя отдѣленія установлена *одна* инстанція (судебная палата или окружный судъ въ Привислянскихъ губерніяхъ и мировой съѣздъ въ губерніяхъ Прибалтійскихъ), опредѣленія которой подлежатъ уже дальнѣйшему обжалованію въ Сенатъ, въ кассаціонномъ порядкѣ. По проекту вотчиннаго устава жалобы на постановленія начальника вотчиннаго установленія приносятся окружному суду, а просьбы о кассаціи постановленій суда приносятся гражданскому кассаціонному департаменту Правительствующаго Сената (ст. 350 и 351; см. проектъ вотчиннаго устава съ объяснительною къ нему запискою, т. II, стр. 362). Двойное разсмотрѣніе по существу дѣлъ по жалобамъ на упомянутыя установленія представляется кромѣ того излишнимъ, потому что лица, недовольныя постановленіями, состоявшимися въ частномъ порядкѣ, могутъ защищать свои права въ *исковомъ* порядкѣ, такъ что они не лишены гарантій судебной защиты. Предполагаемое сокращеніе инстанцій приведетъ къ тому, что производство означенныхъ дѣлъ упростится и ускорится и что самые насущные интересы и права лицъ получатъ быстрое разрѣшеніе.

Постановленія о частныхъ жалобахъ формулированы въ Уставѣ недостаточно полно и ясно и вызываютъ въ судебной практикѣ недоумѣнія. Частныя жалобы касаются или частныхъ опредѣленій, постановленныхъ по частнымъ вопросамъ, возбужденнымъ по *исковымъ* дѣламъ и предшествующимъ рѣшенію по существу дѣла, или же касаются судебныхъ постановленій по *неисковымъ* (частнымъ или охранительнымъ) дѣламъ, коими заканчивается производство дѣла. Правила о производствѣ по частнымъ жалобамъ перваго рода помѣщены въ ст. 783 — 791 Уст., въ раздѣлѣ 2-мъ «о порядкѣ обжалованія рѣшеній общихъ судебныхъ установленій» (эти правила примѣняются

и къ жалобамъ второго рода). Ст. 783 выражаетъ общее положеніе, что жалобы на частныя опредѣленія окружнаго суда не допускаются отдѣльно отъ апелляціи по существу дѣла, кромѣ случаевъ, положительно указанныхъ въ законѣ; тутъ же сдѣлана ссылка на статьи Устава, въ коихъ эти случаи предусмотрѣны. Но эти цитаты не имѣютъ исчерпывающаго характера. Такъ, судъ ex officio оставляетъ безъ разсмотрѣнія дѣло по основаніямъ, указаннымъ въ ст. 584 (п. 1—4), по соединенію въ одномъ исковомъ прошеніи исковъ, вытекающихъ изъ разныхъ основаній (ст. 258); судъ постановляетъ опредѣленіе о пріостановленіи или уничтоженіи производства (681 и 689), о признаніи заочнаго рѣшенія потерявшимъ всякую силу (ст. 735) и друг.

Лишать въ этихъ случаяхъ заинтересованную сторону права принесенія частной жалобы было бы равносильно отказу въ судебной защитѣ и на практикѣ, дѣйствительно, такія жалобы допускаются (исключая, впрочемъ, опредѣленій о пріостановленіи производства). А между тѣмъ означенные и имъ подобные случаи въ законѣ положительно не указаны, и можно думать, что къ нимъ примѣняется общее правило о недопущеніи частныхъ жалобъ отдѣльно отъ апелляціи. Употребляемое въ Уставѣ выраженіе «отдѣльно отъ апелляціи» ко многимъ случаямъ не примѣнимо. Это выраженіе предполагаетъ возможность послѣдующаго рѣшенія дѣла по существу и принесенія на это рѣшеніе апелляціонной жалобы. Но такая возможность далеко не вездѣ существуетъ. Такъ, напр., судъ призналъ, что дѣло подлежитъ разсмотрѣнію не судебныхъ, а правительственныхъ установленій (ст. 237), что дѣло подсудно другому суду, что требованіе истца должно, во всей цѣлости своей, относиться къ другому отвѣтчику, что искъ предъявленъ лицомъ, не имѣющимъ права искать и отвѣчать на судѣ, что повѣренный не имѣетъ полномочія, что апелляціонная жалоба подлежитъ возвращенію (ст. 757, ст. 571, 572, 576). Въ этихъ случаяхъ (на нихъ ссылается ст. 783) уже не можетъ быть рѣчи о послѣдующемъ рѣшеніи по существу дѣла и о принесеніи на это рѣшеніе апелляціи, такъ какъ частнымъ опредѣленіемъ по этимъ дѣламъ пресѣкается дальнѣйшее производство и оно получаетъ въ судѣ свое окончаніе; здѣсь, очевидно, выраженіе «отдѣльно отъ апелляціи» или «вмѣстѣ съ апелляціею по существу дѣла» не приложимо.

По моему мнѣнію, слѣдовало бы постановить въ видѣ общаго правила, что частныя жалобы приносятся на тѣ частныя опредѣленія и постановленія, коими заканчивается производство дѣла въ судѣ; но частныя опредѣленія, за которыми должны послѣдовать рѣшенія

по существу дѣла, могутъ быть обжалованы лишь въ апелляціонномъ порядкѣ (т. е. послѣ рѣшенія дѣла по существу). Такое общее правило обнимало бы, съ одной стороны, всѣ указанные выше и имъ подобные случаи, въ которыхъ частнымъ опредѣленіемъ по *исковымъ дѣламъ* производство въ судѣ завершается, съ другой—всѣ опредѣленія по *неисковымъ* (частнымъ или охранительнымъ) дѣламъ, коими разрѣшается *существо* дѣла. Предлагаемое правило выражало бы ясно ту мысль, что не только *рѣшенія,* но и частныя опредѣленія и судебныя постановленія (какъ по исковымъ, такъ и по неисковымъ дѣламъ) подлежатъ обжалованію, послѣднія въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло въ окружномъ судѣ совершило весь свой ходъ.

Замѣчу, что желательно держаться въ Уставѣ строгой терминологіи и различать «частныя опредѣленія», «судебныя постановленія и рѣшенія». Подъ первыми разумѣются опредѣленія по частнымъ вопросамъ, возникающимъ при производствѣ исковыхъ дѣлъ, подъ вторыми—опредѣленія по неисковымъ дѣламъ, коими дѣло разрѣшается по существу, подъ третьими—постановленія по существу исковыхъ дѣлъ (Endurtheil).

Съ принятіемъ предлагаемаго общаго правила судебная практика стала бы на болѣе твердый путь, и число частныхъ жалобъ (нынѣ принимаемыхъ) значительно сократилось бы, нисколько не стѣсняя права судебной защиты. Такъ, напр., частныя опредѣленія о признаніи акта подлиннымъ или объ исключеніи его изъ числа доказательствъ (ст. 554), объ устраненіи спора о подлогѣ или о признаніи акта подложнымъ и объ исключеніи его изъ числа доказательствъ (ст. 561), объ оставленіи безъ уваженія отвода о подсудности (ст. 587, 588), объ обезпеченіи иска или объ отказѣ въ таковомъ (ст. 596, 597), объ отказѣ или дозволеніи третьему лицу принять участіе въ дѣлѣ (ст. 664), не подлежали бы обжалованію въ частномъ порядкѣ, такъ какъ за этими опредѣленіями должно еще послѣдовать *рѣшеніе* по существу дѣла и недовольная сторона имѣетъ полную возможность обжаловать эти опредѣленія въ апелляціи.

Необходимо отмѣтить, что допущеніе частныхъ жалобъ на опредѣленія суда объ обезпеченіи иска или объ отказѣ въ таковомъ порождаетъ практическія неудобства и представляется притомъ излишнимъ. Предположимъ, что судъ отказалъ въ обезпеченіи иска при самомъ началѣ дѣла; истецъ можетъ просить о томъ же предметѣ при дальнѣйшемъ производствѣ, доколѣ не послѣдуетъ рѣшенія по существу дѣла (ст. 590, 592), такъ что истцу нѣтъ надобности обжаловать опредѣленія суда. Если судъ, отказавъ въ обезпеченіи,

отказалъ и въ самомъ искѣ, то истецъ можетъ обжаловать и тотъ и другой отказъ въ *апелляціонномъ* порядкѣ. Принесеніе же *частной жалобы* (отдѣльно отъ апелляціи) представляетъ то неудобство, что судебная палата можетъ разрѣшить частную жалобу неиначе, какъ по соображеніи представленныхъ истцомъ доказательствъ (ст. 591), для чего необходимо разсмотрѣть подлинное производство, а между тѣмъ будетъ принесена тѣмъ же истцомъ апелляціонная жалоба на означенное рѣшеніе, и окружный судъ, не имѣя подъ рукою подлиннаго производства, лишенъ будетъ возможности дать жалобѣ надлежащее направленіе. Предположимъ, что судъ обезпечилъ искъ. Если затѣмъ постановлено судомъ рѣшеніе въ пользу истца, то отвѣтчикъ можетъ обжаловать опредѣленіе объ обезпеченіи только вмѣстѣ съ апелляціею для избѣжанія тѣхъ же указанныхъ практическихъ неудобствъ; если же рѣшеніе постановлено противъ истца, то тѣмъ самымъ прекращается дѣйствіе опредѣленія объ обезпеченіи иска и отвѣтчикъ, въ случаѣ вступленія рѣшенія въ законную силу, имѣетъ право отыскивать съ истца убытки, понесенные имъ вслѣдствіе обезпеченія иска (ст. 601 и 621). Слѣдовательно, и здѣсь нѣтъ основанія для частной жалобы. Въ одномъ только случаѣ, мнѣ кажется, можетъ быть допущена частная жалоба: когда въ обезпеченіи иска отказано, а затѣмъ постановлено рѣшеніе въ пользу истца. Частная жалоба въ этомъ случаѣ можетъ быть подана прямо въ палату съ представленіемъ копій опредѣленія суда объ отказѣ въ обезпеченіи и резолюціи суда о присужденіи иска (здѣсь, по моему мнѣнію, нѣтъ надобности въ представленіи подлиннаго производства). Допущеніе частныхъ жалобъ на частныя опредѣленія, предшествующія *рѣшенію*, крайне тормазитъ производство дѣла и замедляетъ его окончаніе въ судѣ, ибо для разрѣшенія частной жалобы обыкновенно вмѣстѣ съ нею представляется въ палату все производство, такъ что оно фактически останавливается въ судѣ на время разсмотрѣнія палатою частной жалобы. Но частныя опредѣленія, коими производство дѣла въ судѣ закрывается, а равно судебныя постановленія, разрѣшающія дѣло по существу, должны подлежать обжалованію въ частномъ порядкѣ (см. выше).

Въ связи съ вопросомъ о порядкѣ обжалованія частныхъ опредѣленій находится вопросъ о томъ, допускаются ли частныя жалобы на такія части рѣшенія, которыя не касаются существа спора, а имѣютъ чисто акцессорный характеръ, напр., о судебныхъ издержкахъ, о предварительномъ исполненіи, о взысканіи разныхъ пошлинъ, сбо-

ровъ и штрафовъ и т. п.? Въ Уставѣ нѣтъ прямого отвѣта по этому вопросу; судебная практика, насколько извѣстно, требуетъ въ этихъ случаяхъ принесенія апелляціи. Впрочемъ, по предмету предварительнаго исполненія—Уставъ допускаетъ *просьбы*, обращенныя въ высшую инстанцію (судебную палату); просьбы эти подаются въ палату въ томъ случаѣ, когда въ рѣшеніи окружнаго суда предварительное исполненіе не назначено; онѣ предъявляются противной сторонѣ и разрѣшаются палатою по правиламъ о разрѣшеніи *частныхъ прошеній* (ст. 741—742). По моему мнѣнію, по всѣмъ акцессорнымъ частямъ рѣшенія (не исключая предварительнаго исполненія или отказа въ таковомъ) должны бы быть допускаемы *жалобы* (а не просьбы) въ частномъ или апелляціонномъ порядкѣ, смотря по тому, приносится ли жалоба стороною, въ пользу которой постановлено рѣшеніе по существу, или же стороною, противъ которой оно постановлено. Въ первомъ случаѣ нѣтъ разумнаго основанія требовать соблюденія апелляціоннаго порядка обжалованія (жалобщикъ рѣшеніемъ собственно доволенъ, онъ находитъ неправомѣрною только побочную часть его); во второмъ случаѣ (когда сторона недовольна рѣшеніемъ по существу спора), акцессорныя части рѣшенія должны быть обжалованы только путемъ принесенія апелляціи. Въ первомъ случаѣ задача апелляціонной инстанціи — установить, правильно ли судъ при наличности констатированныхъ имъ фактовъ обратилъ судебныя издержки въ извѣстномъ количествѣ на ту или другую сторону, допустилъ или не допустилъ предварительное исполненіе, подвергъ взысканію пошлинъ, штрафа и проч.; во второмъ случаѣ палата подвергаетъ пересмотру и повѣркѣ рѣшеніе по существу дѣла и вмѣстѣ съ тѣмъ побочныя его части.

Такая постановка вопроса имѣетъ, на мой взглядъ, важное значеніе, въ особенности по предмету предварительнаго исполненія. Судъ, положимъ, постановилъ рѣшеніе въ пользу истца, но не допустилъ предварительнаго исполненія (искъ не былъ обезпеченъ). Соблюденіе истцомъ апелляціоннаго порядка было бы въ этомъ случаѣ большимъ стѣсненіемъ: исполненіе рѣшенія задерживалось бы на продолжительное время. При допущеніи же частнаго порядка *обжалованія* части рѣшенія, судебная палата имѣетъ возможность разрѣшить жалобу, не выжидая поступленія къ ней дѣла по апелляціи противной стороны. Конечно, палата можетъ впослѣдствіи, по апелляціи отвѣтчика, отмѣнить или измѣнить рѣшеніе суда по существу и вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣнить или измѣнить постановленное ею раньше частное опредѣленіе по частной жалобѣ истца, но это будетъ совершенно право-

мѣрно, ибо рѣшеніемъ можетъ быть парализовано предшествовавшее ему частное опредѣленіе.

Въ заключеніе замѣчу, что нашъ Уставъ дѣйствительно различаетъ *постановленія* о судебныхъ издержкахъ и о предварительномъ исполненіи отъ самаго *рѣшенія*; первыя привходятъ въ послѣднее, какъ принадлежность; это ясно видно изъ того, что по ст. 701 въ резолюціи суда означается «сущность рѣшенія, съ означеніемъ, подлежитъ ли оно предварительному исполненію, и слѣдуетъ ли взысканіе судебныхъ издержекъ возложить на одного изъ тяжущихся, или распредѣлить между обѣими сторонами (п. 4)». Въ этомъ убѣждаетъ также текстъ ст. 868 («тяжущійся, противъ котораго постановлено рѣшеніе, обязанъ» и проч.). Само собою разумѣется, что если о судебныхъ издержкахъ предъявлено самостоятельное требованіе (въ общемъ или исполнительномъ порядкѣ), то постановленное по этому предмету рѣшеніе можетъ быть обжаловано не иначе, какъ въ апелляціонномъ порядкѣ (ст. 896, 921 и 923).

XV.

Производство дѣлъ объ узаконеніи дѣтей [1]).

Выше было указано, что всѣ дѣла, производящіяся въ охранительномъ порядкѣ, должны бы быть предоставлены юрисдикціи единоличнаго мѣстнаго суда. Къ охранительному порядку отнесены, между прочимъ, дѣла объ узаконеніи дѣтей и объ усыновленіи (раздѣлы шестой и седьмой Уст. гражд. суд.). Съ измѣненіемъ подсудности этихъ дѣлъ (въ настоящее время они отнесены къ вѣдѣнію окружнаго суда) слѣдовало бы вмѣстѣ съ тѣмъ подвергнуть пересмотру и самыя правила о порядкѣ производства этихъ дѣлъ.

Дѣятельность суда по производству дѣлъ объ узаконеніи заключается въ публичномъ признаніи прижитыхъ до брака дѣтей законными (какъ и всегда, судебная власть не создаетъ, а только санкціонируетъ уже пріобрѣтенныя права). Для такого признанія судъ долженъ констатировать: а) *возможность* происхожденія ребенка отъ лицъ, сочетавшихся впослѣдствіи бракомъ; б) тождество вступившей въ бракъ женщины съ тою, которая означена въ метрическомъ свидѣтельствѣ о рожденіи ребенка, и в) существованіе законнаго брака (ст. 1460[1]). Происхожденіе узаконяемаго отъ лицъ, вступившихъ въ

---

[1]) См. выше „Законъ о дѣтяхъ узаконенныхъ и усыновленныхъ“.

бракъ, и существованіе сего послѣдняго — суть основные элементы легитимаціи. Факты брачнаго союза и рожденія ребенка отъ той именно женщины, которая вступила въ этотъ союзъ, могутъ быть установлены метрическими свидѣтельствами—о рожденіи ребенка и о бракѣ родителей (ст. 1460[2]). Гораздо труднѣе удостовѣриться въ томъ, что данное лицо, вступившее въ бракъ съ матерью ребенка, дѣйствительно его отецъ. Законъ собственно этого и не требуетъ. Суду достаточно удостовѣриться въ *возможности* такого отчества (ст. 1460[4]). Способы такого удостовѣренія не могутъ быть предустановлены въ самомъ законѣ: они различны, смотря по индивидуальной обстановкѣ каждаго конкретнаго случая. Совокупность фактовъ, характеризующихъ близкія отношенія, существовавшія между неженатымъ и незамужнею до вступленія ихъ въ бракъ, рожденіе ребенка при существованіи этихъ отношеній, заботливость и попеченіе о немъ со стороны предполагаемаго отца ребенка, наконецъ, оффиціальные и частные акты и бумаги, указывающіе на отцовскія отношенія даннаго лица къ прижитому внѣ брака ребенку,—все это можетъ привести судъ къ убѣжденію въ возможности происхожденія дитяти отъ даннаго лица, и этого совершенно достаточно для признанія его отцомъ ребенка и для узаконенія послѣдняго.

Однако новелла 12 марта 1891 года не довольствуется такою системою доказательствъ, а требуетъ письменнаго заявленія отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ. По смыслу ст. 1460[2] Уст. гражд. суд., это заявленіе должно быть представлено суду отдѣльно отъ просьбы объ узаконеніи. Такое требованіе во многихъ случаяхъ подрываетъ въ корнѣ ту благую и вполнѣ гуманную цѣль, которая преслѣдуется новымъ закономъ. Наши суды, сосредочивая свое вниманіе преимущественно на буквѣ закона, безусловно отказываютъ въ просьбѣ объ узаконеніи при отсутствіи означеннаго заявленія. Такимъ образомъ, смерть родителей ребенка или даже одного изъ нихъ до подачи заявленія лишаетъ навсегда прижитое ими до брака дитя тѣхъ гражданскихъ правъ, которыя оно собственно уже пріобрѣло въ силу совершившагося брака (бракъ служитъ основаніемъ къ узаконенію— ст. 1460[3]). А если родители почему-либо не желаютъ подать заявленія или между ними нѣтъ единодушія по этому предмету? Неужели отъ этихъ случайныхъ обстоятельствъ будетъ зависѣть юридическое положеніе ребенка, и онъ останется навсегда незаконнымъ, не смотря на наличность элементовъ легитимаціи? Слѣдуя *буквѣ* закона, легитемація не можетъ имѣть мѣста и въ томъ случаѣ, если родители, изготовивъ просьбу объ узаконеніи и надлежащее

письменное заявленіе, не успѣли представить таковыя въ судъ и оба или даже одинъ изъ нихъ умеръ. Такой ригоризмъ едва ли согласуется съ намѣреніемъ законодателя даровать права не по своей винѣ обездоленнымъ существамъ. Необходимо замѣтить, что прежде (до изданія закона 12 марта 1891 года) было много случаевъ узаконенія дѣтей Верховною властью посредствомъ послѣдуюшаго брака ихъ родителей по просьбамъ *вдовы-матери*, если отецъ при жизни не успѣлъ заявить о томъ просьбы, но признавалъ ребенка своимъ.

Опять напомню основное положеніе легитимаціи, освященное западно-европейскими кодексами, а нынѣ перенесенное и въ наше гражданское право: прижитыя до брака дѣти легитимируются послѣдующимъ бракомъ. Отсюда логическій выводъ, что санкція судебной власти по этому предмету должна быть дана и въ томъ случаѣ, если просьба объ узаконеніи подана однимъ изъ родителей ребенка или самимъ родившимся до брака лицомъ, а при малолѣтствѣ его — опекуномъ последняго [1]). Для суда, какъ сказано выше, совершенно достаточно удостовѣриться въ наличности элементовъ легитимаціи. По моему мнѣнію, объ узаконеніи могутъ просить и дѣти родившагося до брака лица, если оно умерло, не подавъ просьбы объ узаконеніи, т. е. первыя могутъ просить объ узаконеніи послѣдняго (они могутъ быть въ этомъ заинтересованы для установленія, напр., правъ состоянія и наслѣдованія). По общему правилу, никакія пріобрѣтенныя на законномъ титулѣ права не могутъ быть утрачиваемы, благодаря какимъ либо случайностямъ. Но, само собою разумѣется, для ходатайства о признаніи этихъ правъ со стороны судебной власти тамъ, гдѣ это требуется, существуетъ общая или сокращенная давность. Поэтому и для просьбы родившагося до брака лица или его дѣтей объ узаконеніи долженъ быть установленъ въ законѣ опредѣленный срокъ (по моему мнѣнію, продолжительнѣе срока, назначеннаго въ ст. 1460[3]), считая таковой со дня совершенія брака (преклюзивный срокъ слѣдуетъ назначить, главнымъ образомъ, въ видахъ практическихъ удобствъ—для большей возможности доказать требуемые для легитимаціи факты).

Итакъ, рамки процесса объ узаконеніи должны быть, по моему мнѣнію, нѣсколько раздвинуты. Это находитъ себѣ нѣкоторую опору и въ самомъ текстѣ закона, по которому просьбы объ узаконеніи дѣтей, рожденныхъ до брака, *подаются* (не сказано «родителями») по мѣсту постояннаго жительства родителей ребенка или *сего послѣд-*

---

[1]) См. привед. статью.

няю (если бы просьбы могли подаваться исключительно *родителями*, то не зачѣмъ было бы связывать подсудность съ мѣстомъ постояннаго жительства *ребенка*). Законъ вообще употребляетъ выраженія «просители», «участвующія въ дѣлѣ лица» (а не «родители» — ст. 1460[4] и 1460[6]).

Согласно сказанному, изъ закона 12 марта 1891 года должно быть исключено требованіе о представленіи письменнаго заявленія отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ (ст. 1460[2] и ст. 1460[1] должны быть изложены такъ: «просьбы объ узаконеніи дѣтей, рожденныхъ до брака, подаются мѣстному участковому судьѣ родителями или ихъ дѣтьми по мѣсту постояннаго жительства первыхъ или послѣднихъ»). Далѣе, узаконяемому должно быть предоставлено, въ случаѣ отказа суда въ узаконеніи (въ охранительномъ порядкѣ) предъявить *искъ* объ узаконеніи по аналогіи съ производствомъ дѣлъ о законности рожденія (ст. 1346 и 1347). Отвѣтчиками по такому иску будутъ родители истца, а въ случаѣ ихъ смерти — опекуны надъ ихъ имуществомъ (argum. ст. 1066[11] X т. 1 ч. о правѣ иска въ случаѣ отказа въ утвержденіи къ исполненію духовнаго завѣщанія въ охранительномъ порядкѣ). На дѣла объ узаконеніи дѣтей слѣдовало бы также распространить правило ст. 1460[12] Уст. гражд. суд., постановленное относительно усыновленія, т. е. лицамъ, права коихъ нарушаются неправильнымъ узаконеніемъ, должно быть предоставлено заявить свои возраженія во время производства дѣла объ узаконеніи, или начать впослѣдствіи, въ двухгодичный срокъ со дня вступленія опредѣленія суда въ законную силу, споръ общимъ исковымъ порядкомъ. Споръ этотъ во всякомъ случаѣ можетъ быть заявленъ только при жизни родителей узаконяемаго или при жизни сего послѣдняго. Если дѣло объ узаконеніи возбуждено родителями узаконяемаго, то заинтересованными лицами являются законныя дѣти или родственники просителей; а если объ узаконеніи ходатайствуютъ рожденныя до брака дѣти, то въ исходѣ процесса очевидно заинтересованы и сами родители. Нѣтъ раціональнаго основанія лишать означенныхъ лицъ права участвовать въ процессѣ объ узаконеніи и доказывать отсутствіе условій легитимаціи, или же предъявить противъ узаконенія споръ въ общемъ исковомъ порядкѣ. Но въ послѣднемъ случаѣ для удобства процесса и большихъ гарантій правъ судебной защиты должна быть установлена сокращенная исковая давность (2 года), и кромѣ того споръ можетъ быть возбужденъ только при жизни тѣхъ лицъ, по иниціативѣ которыхъ состоялось опредѣленіе объ узаконеніи, т. е. родителей или рожденныхъ до брака дѣтей.

Намъ не совсѣмъ понятны мотивы недопущенія повѣренныхъ въ дѣлахъ объ узаконеніи. Это составляетъ капитальное отступленіе отъ основнаго положенія гражданскаго процесса, допускающаго по всѣмъ дѣламъ судебное представительство (ст. 14 Уст. гражд. суд.). Запретъ этотъ вызванъ, повидимому, стремленіемъ закона не разоблачать семейныхъ тайнъ (этимъ только и объясняется велѣніе ст. 1460[8] — разсматривать дѣла объ узаконеніи при закрытыхъ дверяхъ). Но, во-первыхъ, противъ оглашенія семейныхъ тайнъ гарантируетъ постановленіе закона, въ силу котораго присяжный повѣренный не долженъ оглашать тайнъ своего довѣрителя не только во время производства его дѣла, но и въ случаѣ устраненія отъ онаго и даже послѣ окончанія дѣла (ст. 403 Учр. суд. уст.); во-вторыхъ, отъ воли участвующихъ въ дѣлѣ лицъ зависитъ вести дѣло лично, если они почему либо найдутъ это болѣе удобнымъ для себя; въ третьихъ, если по дѣламъ брачнымъ и о законности рожденія допускается судебное представительство, то нѣтъ основанія запрещать послѣднее по дѣламъ объ узаконеніи. Для многихъ несвѣдущихъ въ законахъ лицъ веденіе процесса объ узаконеніи представляетъ большія трудности, малѣйшая ихъ ошибка можетъ дурно повліять на исходъ дѣла, тѣмъ болѣе, что процессъ этотъ по новизнѣ своей и по неполнотѣ самаго закона даетъ нерѣдко поводъ къ недоразумѣніямъ и требуетъ знанія юридической техники. Вотъ почему мнѣ кажется цѣлесообразнымъ допускать веденіе дѣлъ объ узаконеніи чрезъ повѣренныхъ (см. вышеприведенную статью мою и докладъ К. И. Дылевскаго въ протоколахъ С.-Петербургскаго Юридическаго общества за 1883 годъ).



